

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTA D. C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D. C. Primero (1º.) de abril del año dos mil once (2011)

Referencia: **Proceso Ordinario**

Demandante: **Katia Isabel Hernández Montiel y otro**

Demandado: **EPS Sanitas S.A y otros.**

Magistrado Ponente: ALVARO FERNANDO GARCIA RESTREPO

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación invocado por la parte demandante contra la sentencia proferida en el proceso de la referencia el día 30 de mayo del 2008 por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado judicial, la señora KATIA ISABEL HERNANDEZ MONTIEL, actuando en nombre propio y en representación de su hijo CRISTIAN CAMILO ESTRADA HERNANDEZ, instauró demandada en contra de las entidades MEDICA MAGDALENA LTDA y la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS SANITAS S. A. así como del médico ROBERTO ORTEGON PAEZ, para que previos los trámites del proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual, se hagan las declaraciones y condenas pertinentes frente a las siguientes peticiones:

Que se declare que Médica Magdalena Ltda, Empresa Promotora de Salud EPS Sanitas S.A. y el médico Roberto Ortigón Páez, actuaron con negligencia en el tratamiento que le propiciaron a la demandante el 2 de agosto de 2000 en el parto y cuidados postnatales de su hijo Cristian Camilo Estrada Hernández que se realizaron en la Clínica La Magdalena.

Que se declare que los demandados, Médica Magdalena Ltda, Empresa Promotora de Salud EPS Sanitas S.A. y el médico Roberto Ortigón Páez, son civil y solidariamente responsables de los perjuicios ocasionados a Katia Isabel Hernández Montiel y Cristian Camilo Estrada Hernández.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la parte demandada a pagar a los demandantes, por los perjuicios sufridos y que seguirán sufriendo, en la siguiente forma:

PARA KATIA ISABEL HERNANDEZ MONTIEL:

1. Por perjuicios materiales:

1.1. Por gastos médicos realizados que tasa en la suma de \$ 2'000.000,00 y los que en el futuro deberá realizar, que calcula en un monto de \$ 20.000.000,00

1.2. Lucro cesante pasado: Por lo que dejó de devengar desde el 1° de enero de 2001 y el 20 de junio de 2002, la suma de \$ 5.827.931,00

1.3. Lucro cesante futuro: Por lo que dejará de percibir en razón de que deberá dedicarse a cuidar a su hijo durante toda su vida y por eso no podrá trabajar, ni acceder a una pensión de jubilación, por lo que el cálculo se hará tomando como base el salario mínimo legal y el tiempo probable de vida de la actora,

que se calcula en 51,03 años y al momento de la demanda tiene 22 años, por lo cual reclama la suma de \$ 58.885.400,42

2. Perjuicio moral: Por el sufrimiento que experimenta como madre al ver a su hijo imposibilitado para llevar una vida normal y porque su propia vida estará menguada en cuanto a la mayor parte de sus posibilidades, pues tendrá que estar atada a cuidar a su hijo por siempre. Además, porque su sensibilidad y funcionamiento sexual quedaron deteriorados, lo que ha influido fatalmente en su relación de pareja. Por eso reclama como perjuicio moral el equivalente a quinientos salarios mínimos legales mensuales, que para 2002 era de \$ 309.000,00 por lo que calcula dicho perjuicio en la suma de \$ 154.500.000,00

PARA CRISTIAN CAMILO ESTRADA HERNANDEZ:

1. Por perjuicios materiales: Se reducen al lucro cesante, o sea la productividad económica que hubiera tenido si tuviera las posibilidades de crecer y educarse para acceder a un trabajo que le diera el ingreso mínimo legal, o sea lucro cesante futuro desde su edad de veinte años aproximadamente y hasta su edad promedio de vida que es de 52,9 años, que asciende a la suma de \$ 59.194.011,64

2. Perjuicio moral: Por la destrucción de su vida que no podrá ser desarrollada normalmente, se fija en una suma equivalente a mil salarios mínimos al monto del año 2002, que asciende a la suma de \$ 309.000.000,00

Que se condene a la parte demandada a pagar las costas del proceso.

Para sustentar las pretensiones, en síntesis, se exponen los hechos que se relacionan como sigue:

La señora Katia Isabel Hernández Montiel es una persona de 22 años de edad, madre soltera, con buenas condiciones de salud tanto físicas como mentales.

En diciembre de 1999 se enteró que estaba en embarazo de su segundo hijo, época para la que se encontraba afiliada a la EPS Sanitas y a través del Clinicentro Salitre adscrito a la EPS Sanitas, fue atendida en control prenatal, practicándosele una ecografía el 5 de abril de 2000 con resultado de embarazo normal de 23 semanas de evolución.

Continuó con los controles, y el 13 de junio de 2001, en una segunda ecografía, se observó que la gestación alcanzaba 31 semanas y posición óptima del bebé para el nacimiento, por lo que se le dio remisión para la clínica La Magdalena adscrita a la EPS Sanitas, donde atenderían el parto.

El 25 de julio de 2000, ante la presencia de dolores en la parte inferior del abdomen y las caderas, que casi no le permitían caminar, acudió por creer que había iniciado trabajo de parto, allí fue atendida por una enfermera auxiliar quien le hizo un tacto y le dijo que todavía no era el momento del parto ordenándole regresar a su casa.

El 2 de agosto, ante los continuos dolores, regresó a la Clínica La Magdalena y fue atendida por el Dr. Roberto Ortega Páez, quien después de valorarla le dijo que se encontraba en trabajo de parto y le ordenó quedarse. La pasaron a una habitación donde le suministraron suero vía intravenosa, le pusieron una inyección intramuscular y otra en la cadera, y le conectaron un monitor en el que escuchaba que el ritmo cardíaco del bebé disminuía, y al preguntar al personal de la clínica le decían que eso era normal.

Hacia las 6:45 p.m. el Dr. Ortega le practicó un tacto y le dijo que ya era hora de pasar a la sala de partos, donde estuvo absolutamente conciente, y con extrañeza observaba que ni el Dr. Ortega ni una Dra. de apellido Mateus, le instaban a ayudarse mediante pujos, hasta que ella misma decidió empezar a hacerlo sola, y lo único que escuchó fue la expresión del médico “ESTO SE COMPLICÓ”. Después de un momento, la madre se enteró que el bebé había nacido porque vio que el doctor Ortega salía con él en sus brazos pero ni siquiera se escuchó el llanto del niño, lo que generó una gran incertidumbre para ella, pues no sabía si su bebé se encontraba bien.

Después fue trasladada a una habitación y al preguntar por su hijo le dijeron que le estaban practicando exámenes, pero no le permitieron tenerlo a su lado, lo que la mantuvo muy preocupada durante toda la noche y con gran extrañeza observó que hasta el otro día la mantuvieron con unas bolsas de hielo en la parte vaginal.

A la mañana siguiente se presentó el Dr. Ortega y le dijo que el niño “TUVO UN SANGRADO POR VÍAS DIGESTIVAS” y se fue sin darle mayor explicación, y ante la insistencia de la madre, únicamente le dijo **“son cosas que pasan”**.

Ante la preocupación, la madre buscó a su bebé en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) donde una enfermera auxiliar le informó que estaba en la incubadora número uno, sorprendiéndose al verlo como muerto, lleno de cables y máquinas, y así permaneció durante 16 días.

Durante los primeros días el bebé no pudo ser alimentado por la madre y solo fue autorizada aproximadamente después de diez días, pero observaba que había perdido mucho peso respecto del que tenía al momento de nacer y que tenía un color muy extraño (estaba muy oscuro)

Durante este tiempo, la información que le daban sobre la salud de su hijo era mínima, enterándose luego de 8 días de tenerlo en la Unidad de cuidados intensivos, a través del doctor Marcos Campos, que el niño había convulsionado, y un día, mientras lo visitaba, se dio cuenta que le tomaban una especie de radiografía de la cabeza, pero no se le explicó por qué lo hacían y mucho menos cuál había sido el resultado de ese examen. Igualmente observó que el niño tenía una cicatriz algo extraña al lado de la oreja derecha, por la que tampoco le dieron explicación en la Clínica.

Buscando apoyo emocional acudió a su amiga Cristina Sheleimer quien la acompañó a la clínica a ver a su bebé y a ella le comentaron en la UCI que la situación del niño era crítica.

En una ocasión que se encontró con el Dr. Ortegón, éste le manifestó a la madre, al indagarle por las razones del estado de su bebé, que era por haber sufrido una hipoxia prenatal.

Cumplidos 16 días de permanencia del bebé en la UCI, una de las enfermeras le dijo: ***“Tráigale ropa al niño que ya tiene salida”*** y sin más explicaciones o recomendaciones respecto de su estado de salud y de los medicamentos que debía suministrarle, le dijeron que ya podía llevárselo a casa. Lo único que le dijo el doctor Marcos Campos al momento de salir de la UCI fue: ***“suerte mamá”***.

Había transcurrido aproximadamente mes y medio desde el nacimiento del niño, cuando observó que se estremecía de forma muy extraña, por lo que se dirigió al Clinicentro Salitre a través de la unidad de urgencias, donde fue atendida por un pediatra de apellido Mercado, quien al valorar al niño le preguntó si le habían dado órdenes para la práctica de exámenes especializados, a lo que respondió negativamente. El doctor Mercado le

formuló el medicamento Fenobarbital para evitarle las convulsiones, lo remitió a consulta externa y le dio orden de servicio para la práctica de un TAC. Una vez realizado el examen, le autorizaron la atención en el Hospital La Misericordia, donde valoró al niño el pediatra Espinosa, quien sugirió revisar por el neurólogo, el cual diagnosticó que el bebé sufría de Parálisis Cerebral.

A raíz de la noticia, la madre entró en una crisis depresiva, pero ante el sufrimiento de su hijo y al ver que en su cabeza aparecían signos como si aparentemente el bebé hubiera tenido algún golpe, lo cual no se había presentado, irritabilidad, quejidos y vómito, nuevamente se dirigió a Urgencias del Clinicentro El Salitre donde le practicaron otro TAC, el cual arrojó que tenía un HEMATOMA SUBDURAL INTERNO de 17 milímetros, sangrando, por lo que fue remitido a la Fundación Cardioinfantil donde el neurólogo le informó que debía hospitalizar al bebé para realizarle un drenaje, que era una cirugía de alto riesgo, pues el hematoma era severo, pero el bebé lo superó.

Transcurridos ocho días, le practicaron una resonancia magnética, la que arrojó que existe una “ATROFIA CEREBRAL CORTICAL EN AMBOS HEMISFERIOS, MACROCEFALEA SEVERA Y PARALISIS CEREBRAL” y además tenía 12 centímetros de aguasangre después de haberle practicado el drenaje.

La demandante acudió a la Defensora de Familia del I.C.B.F. quien solicitó a la Clínica La Magdalena la historia clínica de la señora Katia Isabel Hernández Montiel y de su menor hijo. Así mismo, en abril de 2001, por solicitud de ese instituto, el menor fue remitido al Instituto Nacional de Medicina Legal para una valoración, donde además de confirmar los antecedentes de microcefalia con depresión frontal bilateral, sugiere el médico

forense con código 500-44 que *“Además de los estudios de neurología y ser enviado a ginecología forense, para ser estudiado por caso de responsabilidad profesional.”*

Solo para junio de 2001, cuando la doctora Gloria Marcela Calderón Villalba, Defensora de Familia del ICBF, solicitara a la Clínica La Magdalena los antecedentes clínicos de la demandante y su hijo, se vislumbró que había sido un parto con utilización de espátulas, lo que nunca se le comentó a la señora Hernández. Igualmente como lo manifiesta el médico forense con código 500-35 del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Bogotá – Grupo Clínico Forense, en su informe presentado a la Defensora de Familia del ICBF, existió sufrimiento fetal, en cuyo caso **“estaría indicada una cesárea, situación que de haberse realizado probablemente hubiese redundado en el bienestar fetal.”** Igualmente, en el aparte de OBSERVACIONES de la historia clínica reposa la siguiente anotación: **“SE ENVIA A CONSULTA EXTERNA PEDIATRIA ALTO RIESGO, SE SUGIERE TAC CEREBRAL SIMPLE, TERAPIA FISICA, ENVIA A VAL (SIC) POR NEUROPEDIATRIA Y SE DEJA FENOBARBITAL, SE DEJA ORDEN PARA TRANSCRIPCION DE TAC CEREBRAL”** firmado por el médico pediatra Fernando Castillo el 17 de agosto de 2000, observaciones que en ningún momento se pusieron en conocimiento de la madre, ni durante la permanencia del niño en la UCI, ni al momento de darle salida.

Con todo lo anterior, la madre se ha visto sometida a una serie de tratamientos especiales para su menor hijo, quien a la fecha tiene 21 meses de edad, y a causa de su parálisis cerebral es un niño que por sí solo no puede desarrollar ninguna actividad, no se sienta, no camina, no gatea, su alimentación debe ser totalmente licuada y colada, y por supuesto no ha tenido

ni tendrá posibilidades de aprendizaje como un niño normal y obliga la presencia de su madre constantemente para poder sobrevivir.

Después del procedimiento practicado por el Dr. Ortegón a la señora Katia Hernández Montiel en el momento del nacimiento de su hijo, a pesar de ser una mujer joven y tener una vida sexual normal, a raíz de la intervención defectuosa perdió la sensibilidad sexual, lo que le ha traído una inmensa depresión, ya que además de no experimentar ningún tipo de satisfacción, reacciona físicamente con distintos desórdenes sexuales, inapetencia, etc, destruyendo su vida de pareja.

Que por todo lo expuesto, se observa que existió por parte de la Clínica La Magdalena, La EPS Sánitas y el Dr. Roberto Ortegón Páez, negligencia en su conducta, que de haberse tenido en cuenta no hubiera producido los daños ocasionados a la señora KATIA ISABEL HERNANDEZ MONTIEL y especialmente a su hijo CRISTIAN CAMILO ESTRADA HERNANDEZ, limitándole la posibilidad de ser un niño normal, de conocer la vida, de desarrollarse como persona, etc.

LA ACTUACION PROCESAL

Por auto proferido el 16 de septiembre de 2002 se admitió la demanda y se dispuso lo pertinente para adelantar el proceso pretendido, auto que se notificó en forma personal a los demandados, así: a Médica Magdalena Ltda, a través de su representante legal, el 7 de octubre de 2002; al galeno Roberto Ortegón Páez, el 9 de octubre de 2002 y a la EPS SANITAS S.A. el 13 de enero de 2003, por conducto de apoderada judicial, demandados que en forma separada dieron contestación al libelo demandatorio oponiéndose a las pretensiones invocadas. En cuanto a los hechos, dan una explicación a cada una de las circunstancias que anuncia la demanda como generadoras de los

acontecimientos de responsabilidad que hacen los demandantes, y en términos generales no aceptan los elementos de juicio que se quieren endilgar a la parte pasiva.

Para sustentar la defensa, la apoderada judicial del médico demandado Dr. Roberto Ortegón Páez, propone como excepciones de mérito, las que calificó e hizo consistir en lo siguiente: **1. “Ausencia de Responsabilidad”**. Porque la actuación desplegada por el Dr. Ortegón Páez siempre fue activa como puede comprobarse con la documentación aportada con la demanda, estuvo acorde con los reglamentos que exige la ginecobstetricia para la atención de partos, así como prudente, diligente, perita e idónea. Porque empleó todos sus conocimientos, diligencia y cuidado en la prestación de sus servicios profesionales especializados en lo relativo a la atención del parto de la paciente, se ajustó a los parámetros definidos por los protocolos para la atención de partos, tal como se desprende de la historia clínica. Es un profesional de la medicina, especialista en ginecobstetricia, preparado para la atención de partos con espátulas y experiencia amplia de su práctica a través de su ejercicio profesional. Es un profesional idóneo quien se ha mantenido actualizado en su área. Actuó con diligencia y cuidado, dispuso de todo lo necesario para la atención de la paciente en una institución que cuenta con la aprobación legal para este tipo de procedimientos, utilizó la técnica adecuada una vez encontró una posición fetal diferente, actuó con la prudencia que la discrecionalidad científica le exigen a medida que va evolucionando el trabajo de parto tanto en su observación, medicación, vigilancia, seguimiento y toma de decisiones. **2. “Ausencia de nexo causal”**. No hay relación de causalidad entre la actuación desplegada por el Dr. Roberto Ortegón Páez y los supuestos daños enunciados en el escrito demandatorio. El demandado siempre actuó con los parámetros técnicos y científicos, informó a la paciente lo relacionado con la conducta obstétrica. Los supuestos daños aducidos en la demanda pudieron tener origen en otras situaciones inherentes al menor o al medio que

lo rodeaba. 3. **“Inimputabilidad de responsabilidad al Dr. Roberto Ortégón Páez”**. En su condición de profesional de la salud, adquiere con su paciente obligaciones de medio que fueron cumplidas a cabalidad en la atención del parto que se investiga. 4. **“Temeridad y mala fe de la demandada”**. Dentro de lo relatado en la demanda se efectúan alusiones contrarias a la realidad, que pretenden crear una relación de causalidad inexistente entre la actuación del demandado y los supuestos perjuicios ocasionados, lo cual se hace evidente con el somero estudio de las pruebas aportadas en la demanda. 5. **“Excesiva tasación de perjuicios”**. La parte actora solicita por perjuicios una serie de sumas sin ningún sustento real, exageradas y que contrarían ampliamente el espíritu de la norma.

La demandada, Médica Magdalena Ltda S.A. contestó la demanda para hacer referencia a los hechos, de los cuales acepta algunos y rechaza otros, para concluir que para endilgarle responsabilidad se deben probar los que la constituyen, y en consecuencia se opone a las pretensiones de la demanda. Hizo llamamiento en garantía a Seguros Colpatria, el cual fue rechazado de plano por el a quo mediante auto de fecha 3 de marzo de 2003, por las razones allí expuestas.

La EPS SANITAS S.A. contestó la demanda en forma extemporánea y por lo tanto no se tuvo en cuenta. (auto de folio 578)

Refiriéndose a las defensas exceptivas, la parte actora manifiesta oposición a su prosperidad, no comparte los términos en que la parte demandada explica las cuestiones inherentes a los hechos de la demanda por lo que insiste en las pretensiones demandatorias.

Fracasada la conciliación, se definió lo relacionado con las pruebas que solicitó cada una de las partes y precluído el término para su práctica, se dio a

los litigantes la oportunidad de hacer el resumen del proceso y alegar de conclusión, facultad de la que hace uso tanto el apoderado actor, como los mandatarios judiciales que representan a cada uno de los demandados, todos sustentando sus posiciones dentro del proceso.

LA SENTENCIA APELADA

El a-quo dictó la sentencia que puso fin a la instancia el día 30 de mayo de 2008, y mediante ella negó las súplicas de la demanda introductoria y condenó a la parte actora a pagar las costas del proceso a los demandados en iguales proporciones.

Previa referencia a los antecedentes, demanda, petitum, contestación, acción incoada, actuación procesal, el fallador de primer grado advirtió que la demandante carece de legitimación en la causa por activa y los demandados a su vez no son sujetos pasivos de la acción indemnizatoria promovida, habida cuenta que la parte actora invoca como fuente de la responsabilidad la que atiende a la naturaleza extracontractual, estando por medio un vínculo contractual previo con la EPS SANITAS S.A. y con los otros dos demandados Clínica La Magdalena Ltda y el galeno Roberto Ortega Páez, quienes actuaron *como extensión de los deberes de la EPS, en la prestación de los servicios de salud a sus afiliados*. Análisis que in límine lo llevó a concluir la negativa integral de las pretensiones de la demanda, relevándose en consecuencia del estudio sustancial por carencia de la referida legitimación en las dos partes de la litis.

EL RECURSO DE APELACION

Al proponer la parte actora el recurso de apelación contra la sentencia, expuso que su inconformidad está dirigida directamente contra la decisión que

negó la prosperidad de las pretensiones. Reprocha al sentenciador por la errónea interpretación de la demanda al considerar que los demandados respondían exclusivamente a un contrato de prestación de servicios, lo que dejaba de lado la responsabilidad extracontractual invocada en la demanda.

Así entonces, inicia los argumentos de la réplica señalando” *...al revisar los argumentos de la demanda, claramente se ve que la intención inicial fue enfocar la responsabilidad derivada del delito o hecho culposo de los demandados, al infringirle daño en su humanidad, a la que se refiere el artículo 2341 del C.C*” tesis que en su parecer no considera desacertada por cuanto concluye que la acción incoada por responsabilidad civil extracontractual involucra tanto el delito o culpa como la infracción de los derechos contractuales que genera la responsabilidad contractual y en todo caso porque de acuerdo a las citas de la jurisprudencia que trae a colación es *“al juez al que le corresponde definir la forma del derecho que se controvierte, siempre que aparezca clara su razón y fundamento en el proceso..”*. Continúa argumentando que si el daño causado se generó en un hecho que se interpreta como contractual y no como constitutivo de delito o culpa, en aras de la prevalencia del derecho sustancial y por haber sido plasmado con todos sus componentes en la demanda, así debió haberse estudiado por el Juez de instancia. Luego reafirma el derecho que les asiste a los demandantes con fundamento en la acción por responsabilidad de esa naturaleza, es decir, la de tipo contractual.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Antes de avocar el estudio de la providencia apelada, es necesario dejar claro el aspecto relacionado con la competencia de la jurisdicción civil por tratarse de una decisión relacionada con responsabilidad de esa naturaleza,

ocasionada en la prestación de servicios médicos por parte de unos entes privados.

Al respecto, esta sala acoge plenamente la posición de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que se aleja de lo dicho por la de Casación laboral en materia de competencia respecto a la responsabilidad médica cuando se comprometen discusiones entre empresas administradoras o prestadoras del servicio de salud. Sobre el tema analizó ampliamente la Sala Civil para tomar la determinación que se acoge, lo siguiente:

“A este respecto, la Sala, se separa con absoluto comedimiento de la posición asumida por la Sala de Casación Laboral de la Corte en providencias de 13 de febrero de 2007(exp. 29519), 27 de marzo de 2007 (exp. 28983), 26 de abril de 2007 (exp. 3) y 22 de enero de 2008 (exp. 30621), según la cual, el entendimiento del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 712 de 2001, comporta la asignación a la jurisdicción ordinaria laboral del conocimiento de las controversias atañederas a la responsabilidad médica suscitadas entre afiliados, beneficiarios, usuarios, empleadores y entidades administradoras o prestadoras de salud y de manera residual “son jueces naturales los de la jurisdicción civil cuando los servicios prestados tienen su origen en la médica particular, o los administrativos cuando entidades públicas prestan servicios de salud a quienes no están afiliados o vinculados al sistema” (cas. laboral, sentencia de 22 de enero de 2008, exp. 30621) (...)

(...)

En efecto, sin desconocer el juicioso análisis de la Sala de Casación Laboral para concluir su competencia en estos asuntos particulares, en sentir de la Sala, la recta inteligencia del artículo 2° de la Ley 712 de 2001, a cuyo tenor, “[l]a jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: ‘(...) 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se suscriben entre los afiliados, beneficiarios y usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.’ (...),” se remite exclusivamente a los conflictos de la seguridad social integral, entendida en las voces del artículo 8° de la Ley 100 de 1993, como “el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos [y está] conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley”, mas no a todas las controversias sobre responsabilidad derivada de las relaciones jurídicas médico legales, pues ninguna parte del precepto, las menciona, contiene o atribuye expressis verbis a la jurisdicción ordinaria laboral, ni puede generalizarse sobre la perspectiva de la unidad del sistema.

Por otra parte, la singular naturaleza dinámica de la responsabilidad médica como expresión de la responsabilidad en general y, en particular de la

profesional, la especificidad de las relaciones jurídicas y la problemática aneja disciplinada en la legislación civil, comercial y administrativa, sugiere conforme a la experiencia corriente, la adecuada distribución de la competencia entre los diferentes jueces y el principio de legalidad impone su asignación expresa, excluyendo inferencias.

(..)

Con estas premisas, las directrices decantadas antaño por la jurisprudencia de esta Corte y del Consejo de Estado sobre la jurisdicción y competencia para conocer de los asuntos de responsabilidad civil o estatal médica consagrados en el ordenamiento jurídico, mantienen su vigencia y no existe un precepto legal expreso asignando a la jurisdicción laboral ordinaria el juzgamiento de las controversias relativas a la responsabilidad civil médica legal de aquella naturaleza, las cuales, contrario sensu, están atribuidas a los jueces civiles, salvo claro está, las asignadas a los administrativos y las que corresponden a la jurisdicción ordinaria laboral desde la óptica estrictamente asistencial o prestacional y los servicios sociales complementarios de que trata la Ley 100 de 1993, sus modificaciones y reglamentos.

(...)

Bajo estos parámetros, la inteligencia genuina de la locución seguridad social integral, concebida como el conjunto armónico de sujetos públicos y privados, normas y procedimientos inherentes a los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por el legislador para procurar la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política y desarrollados por la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, no comprende la atribución de competencias a los jueces ordinarios laborales, más que de estos asuntos, sin involucrar la responsabilidad médica civil, estatal o penal, siendo evidente, la competencia de esta Sala para decidir el recurso de casación.

En suma, la Sala, reitera íntegra su jurisprudencia sobre la competencia privativa, exclusiva y excluyente de la jurisdicción civil para conocer de los asuntos atañedores a la responsabilidad médica, con excepción de los atribuidos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y a la jurisdicción ordinaria laboral en materia de seguridad social integral, en cuanto hace exclusivamente al régimen económico prestacional y asistencial consagrado en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias.”

(Sentencia 2002-00099-01 del 4 de mayo de 2009. M.P. Doctor William Namén Vargas)

Entrando al tema de la providencia, resulta claro para la sala, que el punto medular de la censura que hace el apoderado de los actores a la decisión adoptada por el funcionario de conocimiento estriba en el tema de interpretación de la demanda, pues no obstante ratificar la naturaleza de la acción incoada, en el escrito que presenta para sustentar el recurso “claramente se ve que la intención inicial fue enfocar la responsabilidad derivada del delito o hecho culposo de los demandados al infringirle daño en

su humanidad, a la que se refiere el artículo 2341 del C.C.”, se apoya en las tesis jurisprudenciales que defienden como labor de la hermenéutica jurídica interpretar el sentido de la demanda para no sacrificar el derecho con un formalismo extremo.

La situación que se ventila en el presente caso, tiene como base el resarcimiento de los presuntos perjuicios causados a la actora y a su hijo por la indebida atención médica en un caso obstétrico, pues aunque en el escrito de demanda se invoca en el encabezamiento, así como en el poder, que se pide responsabilidad civil extracontractual, lo cual sirvió al juzgado para negar las pretensiones por falta de legitimación en la causa, en las pretensiones simplemente se observa que se reclama que se declare que se actuó con negligencia y que los demandados son civil y solidariamente responsables por los perjuicios ocasionados a los demandantes por lo que solicitan la respectiva condena.

Como lo reclama el apoderado actor en la sustentación del recurso, no puede negarse el derecho por la falta de claridad en la escogencia del tipo de responsabilidad reclamada. Es cierto que antes así procedía la jurisprudencia, pero que actualmente se viene evolucionando hacia la prevalencia del derecho sustancial, máxime en vigencia de la constitución de 1991 que así lo ordena, por lo cual es el fallador quien debe interpretar la demanda y de acuerdo con los hechos orientar el petitum hacia la viabilidad de la reparación de los daños causados y demostrados en el proceso.

Así lo viene predicando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil, no solo en sentido general en cuanto a la interpretación de la demanda, sino en casos particulares de confusión entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual. En sentencia del 4 de

mayo de 2009, con ponencia del Magistrado Doctor William Namén Vargas, dijo:

“No obstante, es pertinente memorar que la Corte, en su prístino propósito de administrar y lograr la justicia, sin desconocer la dicotomía normativa entre la responsabilidad contractual y extracontractual por sus directrices o reglas jurídicas diferenciales (cas. civ. 30 de octubre de 1915, num. 1953, p. 118 ss. (...); cas. civ. de 12 de agosto de 2002; 31 de marzo de 2003. Exp. 7142; 15 de octubre de 2004, exp. 6199; sentencia del 30 de junio de 2005, expediente No. 1998-00650-01; 18 de octubre de 2005, exp. 14491; 19 de diciembre de 2005, exp. 1996-5497-01; 22 de marzo de 2007, exp. 05001-3103-000-1997-5125-01), (...) (nos parece que, en el porvenir, la distinción entre responsabilidades contractual y extracontractual está llamada a perder su importancia en provecho de otra distinción, que tiende hoy a afirmarse cada vez más, entre el ‘derecho general’ o ‘derecho común’ y los regímenes especiales de responsabilidad civil”), ha admitido, en determinadas hipótesis, el deber resarcitorio del quebranto inferido a sujetos diversos, precisamente en repudio de la impunidad a que conduciría la exclusión de la reparación del daño inmotivado causada a la esfera tutelada por el ordenamiento jurídico, verbi gratia, en tratándose de los intereses de consumidores y usuarios cuya protección “no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial (sentencia de 28 de julio de 2005, exp. 00449-01), puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante” (cas. civ. 7 de febrero de 2007, exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01, [SC-016-2007]) y, de la responsabilidad médica, por cuanto, en oportunidades, unos mismos hechos, actos o conductas, a más de lesionar el contrato y, por tanto, los derechos e intereses de las partes contratantes, pueden generar un detrimento a terceros extraños al vínculo contractual, o sujetos distintos pueden causar el quebranto a una misma persona o a varias personas bajo distintas relaciones o situaciones jurídicas o diversos títulos de imputación, por ello legitimados para reclamarlos de conformidad con las normas legales (cas. civ. 11 de septiembre de 2002 [SC-172-2002], exp. 6430; 13 de septiembre de 2002, exp. 6199; 27 de septiembre de 2002, exp. 6143; 18 de mayo de 2005, exp. 14405).

En otra providencia, referida a asunto diferente pero relacionado con la obligación del fallador de interpretar la demanda cuando ésta no es muy clara en sus pretensiones, dijo la Corte Suprema de Justicia:

“El proceso civil contiene la denominada relación jurídico-procesal que ata y vincula a las partes y al juez mientras subsista, lo que implica que constituida dicha relación en forma clara y precisa, queda establecido el ámbito dentro del cual ha de desenvolverse el litigio y delimitado el campo de decisión, de

manera que trazado en tal forma el debate, el fallador debe respetar la voluntad fijada por los litigantes.

Casos hay, empero, en que el Juez debe ejercer sus facultades interpretativas para desentrañar la voluntad de las partes cuando éstas no han logrado darla a conocer diáfananamente, de manera que en procura de evitar el sacrificio del derecho sustantivo, pueda enmendar con su actividad dialéctica la confusa presentación de los hechos, de las pretensiones o de las excepciones que hayan efectuado las partes intervinientes en el proceso; mas, en ejercicio de esas facultades no puede el juez desbordar el sentido lógico de las piezas procesales que analiza para adoptar, contrario a lo que ellas muestran, conclusiones que vengan a ser fruto de su propio capricho, ni interpretar escritos que por su meridiana claridad excluyen la posibilidad de interpretarla.”(negrilla de la Sala). SC 100/2000 Exp.6015. MP. Silvio Fernando Trejos Bueno

Y en relación con la confusión de la responsabilidad civil contractual y la extracontractual y el deber de interpretarla, la Corporación ha sostenido:

“Por lo tanto, tratándose de un litigio que versa sobre la responsabilidad contractual -lo que de entrada impone, por imperativo lógico jurídico, el incumplimiento del consorcio demandado de una de sus obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento, consistente en el no pago del seguro que se había comprometido a contratar y tener vigente-, es necesario que el juez tenga en cuenta no solamente las normas comerciales relativas al contrato de arrendamiento, sino las que regulan el de seguros, pero para poder proceder a la interpretación y a la aplicación de estas normas, debe apreciar las pruebas y si es el caso, interpretar la demanda, como lo ha sostenido esta Corporación así: “Para no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal, al juez corresponde interpretar la demanda, labor que ha de realizar ‘mirándola en su conjunto, en forma razonada y lógica, como quiera que la intención del actor muchas veces no está contenida en el capítulo de las súplicas, sino también en los presupuestos de hecho y de derecho por él referidos a lo largo de la pieza fundamental. Basta que la intención aparezca claramente del libelo, ya de manera expresa, ora por una interpretación lógica basada en todo el conjunto del mismo’, pues ‘la torpe expresión de las ideas per se no puede ser motivo de rechazo del derecho suplicado cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición que de los presupuestos fácticos hace el demandante en su demanda’”. (G.J. Tomo CLXXVI, número 2415, pág. 182). Sentencia 212 del 19 de noviembre de 2002. M.P. Dr Jorge Santos Ballesteros.

De esa forma, con fundamento en la jurisprudencia mencionada, considera esta sala que de los hechos expuestos, así como de las pretensiones, resulta claro que la parte demandante, a pesar de acusar a los demandados de

una negligencia que podría ser propia de culpa o dolo, y de avisar en el poder y en el encabezamiento de la demanda que acusa responsabilidad extracontractual, está fundando sus pretensiones en la existencia de un contrato con la EPS y en la consecuente vinculación a ese contrato por parte de los otros demandados en calidad de prestadores del servicio a nombre de la EPS, servicio que fue prestado de manera deficiente, según se afirma, y que conlleva una responsabilidad que debe acarrear las condenas reclamadas en caso de resultar positiva la demostración de los hechos expuestos. Por eso se revocará la sentencia apelada en cuanto niega las pretensiones con fundamento en el tipo de responsabilidad demandada, advirtiendo que la sala encuentra obligado interpretarla para deducir que se reclama indudablemente la responsabilidad contractual, o acorde con lo dicho, simplemente responsabilidad.

Ahora, dilucidado el punto anterior, es necesario verificar si la parte demandante está legitimada para demandar y si son los demandados los que deben resistir el proceso como tales.

Al respecto se encuentra que de acuerdo con los hechos expuestos, la señora KATIA ISABEL HERNANDEZ MONTIEL y su hijo CRISTIAN CAMILO ESTRADA HERNANDEZ, son los directos damnificados por la atención que se acusa de inadecuada. Ella demanda en nombre propio y en representación del menor, cuya relación filial se prueba con el registro civil de nacimiento que obra a folio 7 del cuaderno 1, en copia, y que se allegó debidamente autenticado mediante prueba oficiosa que aparece a folio 28 del cuaderno de segunda instancia. En consecuencia, los demandantes están legitimados para actuar frente a las personas jurídicas demandadas y el médico tratante, que están igualmente legitimadas para responder frente a las pretensiones de que se les acusa directamente, por la calidad de prestadores del servicio de salud, la EPS como contratante directa y los otros dos como

servidores de la primera. Aparte de los documentos en que se menciona la actora como afiliada a la E.P.S. como paciente de la clínica y del Médico tratante, en la contestación de Sánitas S.A. confiesa la relación de afiliación al manifestar frente al hecho 3: ***“Es cierto en cuanto a su afiliación a la EPS SANITAS S.A.”*** Y lo mismo ocurre con las manifestaciones hechas en las contestaciones de demanda de la sociedad Médica La Magdalena Ltda y del doctor Roberto Ortégón Páez, en cuyos escritos se acepta la atención prestada a la actora en el parto de su hijo Cristian Camilo. Se tiene pues establecido, que fuera de los documentos que obran en el proceso y dan cuenta de la existencia de la relación contractual que liga a las partes en cuanto a la prestación del servicio médico, éstas la han reconocido sin reparos, por lo que se revisará el cumplimiento adecuado o no de las obligaciones contractuales.

En segundo lugar, los presupuestos procesales se encuentran reunidos y no se evidencia la existencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado.

La demandante solicita el reconocimiento de perjuicios materiales y morales por las secuelas dejadas a ella y a su hijo, como consecuencia de la mala calidad del servicio médico recibido de los demandados con ocasión del parto y con posterioridad al mismo, la cual ha dejado daños en ambos, que serán para toda la vida.

Se tendrá como premisa o fundamento teórico, que la responsabilidad médica se deduce necesariamente de la demostración de la culpa, o culpa probada, con las anotaciones especiales que se harán para el caso en que la atención médica se refiere a la atención obstétrica o parto.

También, que en principio la obligación del médico es de medio y no de resultado, lo que implica al menos, el deber de suministrarle al paciente los cuidados concienzudos, solícitos y conforme con los datos adquiridos por la

ciencia, sin dejar de lado que la profesión médica cumple una función social que implica obligaciones de carácter ético y profesional para quienes la ejercen, de tal manera que en ejercicio de esa función existe el deber de cuidado y diligencia frente a los pacientes con el fin de obtener su bienestar, comprometiendo su responsabilidad si llega a causarse perjuicios por negligencia, descuido u omisión. En efecto, la Corte en su sentencia de 5 de marzo de 1940 expresó:

“La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado, sino de medio o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste...” (G. J. 1935, pág. 118).

Pero el demandado podrá exonerarse de responsabilidad demostrando ausencia de culpa, o que puso al servicio del paciente toda su diligencia, o que se dio fuerza mayor, caso fortuito o algún otro eximente.

No obstante lo anterior, como ya se anunció, existe un sector de la doctrina que pregona para el campo de la obstetricia, o sea “la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero”, una tendencia a aceptar la responsabilidad objetiva cuando en el embarazo no han existido complicaciones o se ha dado normalmente, o sea que se inclina por encontrar una obligación de resultado.

Una posición intermedia, podría aceptar que se sigue aceptando la necesidad de la culpa probada, pero que para el caso de la obstetricia, el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, y que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio en contra de los prestadores del servicio médico, para la demostración de la culpa, correspondiendo a la parte actora demostrar el daño, la relación de causalidad y el monto de los perjuicios causados.

Como lo ha señalado el Consejo de Estado, recogiendo no sólo la vieja doctrina de la culpa probada absoluta sino también la posterior que aceptaba la responsabilidad objetiva:

“La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.

“No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En otras palabras, se puede hablar de necesidad de prueba de la culpa pero se admite el indicio antes mencionado y otras formas de lo que la doctrina denomina “aligeramiento probatorio” como el res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí solas) o culpa virtual (faute virtuelle) para situaciones de daño producido en circunstancias especiales, con el fin de facilitar la prueba de la culpa y del nexo de causalidad.

En el caso concreto se demostró lo afirmado por la actora, es decir, que su embarazo y llegada del día del parto fue normal, y así lo manifiesta el mismo médico Ortegón, uno de los demandados, al responder los hechos: Al primero contestó: *“De conformidad con el contenido de la historia clínica, el*

estado general de salud de la paciente era bueno.” y en el tercero informa: “...Sin embargo aparece dentro de la historia clínica de la paciente una ecografía de Abril 5 de 2000, la cual informa un embarazo de 22 semanas 2 días más o menos una semana por biometría con una vitalidad fetal satisfactoria.” Lo que también aparece escrito en documento emitido por el Clinicentro Ciudad Salitre de Colsánitas (folio 321). Aunque en el numeral 3 de la respuesta al hecho cuarto advierte que la posición cefálica del menor por nacer no es óptima y que esa variedad puede presentar la necesidad de asistencia de espátulas o fórceps si la condición lo permite, **o en su defecto una operación cesárea.**

Esta última apreciación aparece como una necesidad de acuerdo con el estudio que se hizo a las historias clínicas de la señora Katia Hernández y su hijo Cristian Camilo por los galenos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Regional Bogotá, el cual se adelantó por petición de la Defensora de Familia adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar familiar, en cuya conclusión se dice en la parte final del acápite que denominan DISCUSION, *“...que en el concepto de varios especialistas en Gineco-obstetricia, esta muestra desaceleraciones tardías múltiples compatible con insuficiencia y sufrimiento fetal, insuficiencia Placentaria Aguda, caso en el cual estaría indicada una cesárea, situación que de haberse realizado probablemente hubiese redundado en el bienestar fetal.”* (folio 19)

Este escrito fue presentado con la demanda, y aunque se presenta en fotocopia, se ordenó tenerlo como prueba junto con todos los anexos y en las contestaciones de las demandas no se tacharon de falsos ni se atacaron sus contenidos. (folios 17 a 20 cuaderno 1). Pero fuera de haberlos aportado la demandante, ya dentro del proceso, también fueron objeto de prueba cuando el perito evaluador los hizo llegar como demostración de los daños, y los obtuvo por petición que hiciera al despacho para que el Instituto de Medicina Legal le

entregara las copias de la valoración ordenada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Auto del 9 de marzo de 2006 – folio 721, cuaderno 1 A). El informe enviado es el realizado a instancias del ICBF y ampliado con un cuestionario que le formuló la fiscalía sobre el caso (folios 723 a 742 cuaderno 1 A)

Además, el mismo Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al responder a la Fiscalía, Unidad Primera Local – Fiscalía 18, el cuestionario formulado por oficio No 290 del 29 de mayo de 2003, señaló en la DISCUSIÓN-CONCLUSIÓN: ***“Por lo escrito anteriormente Katia Hernández en su trabajo de parto la fue administrada oxitocina en infusión presentándose polisistolia en un período de tiempo apreciable, sin hacer el diagnóstico de polisistolia y por lo tanto no se iniciaron las medidas de oxigenación posición y control de monitoría. Lo cual llevó al feto a sufrimiento fetal agudo y demás complicaciones descritas en la historia clínica: encefalopatía, hipóxico, isquemia, hematoma subdural crónico atrofia cerebral, encefalomalacia multiquística, microcefalia, parálisis cerebral entre otras.”*** (Folio 730) Señalando el mismo cuestionario que en el caso era necesario que se hiciera una cesárea para evitar daños al menor por nacer, advirtiendo que se debió recibir manejo primero de la polisistolia; interrupción del goteo de oxitocina, hidratación, oxígeno, posición de cúbito lateral, comprobando la mejoría fetal en los parámetros de monitoría de control. Y que de no encontrar bienestar fetal se debía desembarazar por vía alta, o sea por cesárea.

Esta prueba se presentó en copias provenientes de una entidad oficial y hacen parte del dictamen presentado por el perito evaluador sin que le valiera a las partes comentario alguno ni su contenido fuera incluido en las objeciones que se hicieron, por lo que constituye parte de lo que queda válido o aplicable de dicho peritaje.

Está demostrado pues que tanto la madre como el hijo por nacer se encontraban en buenas condiciones cuando llegó el momento del parto, y que según el dicho de las diferentes partes, las complicaciones se presentaron en ese momento sin que se hubiera demostrado que ellas obedecieran a una causa especial que pudiera ser eximente de responsabilidad para quienes tenían la obligación contractual de propiciar la atención y que en condiciones normales el alumbramiento debería conducir al nacimiento de un niño sano y, quedando la madre en iguales condiciones. O sea que se parte de un indicio de culpa médica al no demostrar qué hecho se presentó como causante de lo único que se ha conocido que es el resultado dañino consistente en que el menor resultó afectado de por vida por situaciones que se presentaron en el momento de su nacimiento.

Fuera de lo anterior, se refuerza la culpa con la falta de determinación que se observa para la atención al no tomar el camino de la realización de una cesárea, que de acuerdo con los especialistas del Instituto de Medicina Legal, ante el sufrimiento fetal y la insuficiencia placentaria aguda, se ha considerado que era necesaria y de lo cual se afirma que “**de haberse realizado probablemente hubiese redundado en el bienestar fetal.**” (folios 17 a 19)

Es cierto que al proceso se arrimaron testimonios de varios galenos, quienes no se refieren a los hechos concretos sino a situaciones científicas o técnicas relacionadas con la atención obstétrica en general, y a sus puntos de vista sobre el deber ser en tales casos. Así se observa en los testimonios de Javier Ardila Montealegre, Armando Urrego Sáenz, Marco Tulio Campo Caballero y María Elvira Matheus Samper, todos con alguna relación con el demandado Roberto Ortegón Páez, por lo menos de actividad o colegaje de trabajo, quienes desde su campo o especialidad médica dieron sus conceptos sobre los hechos o las causas de la patología, pero no pueden en particular calificarse de testigos sino más bien de peritos técnicos, sin que hubiera sido

esa la condición en que se citaron, sin embargo podría decirse que con sus explicaciones se trata de exponer que para la hipoxia prenatal y la consecuente parálisis cerebral existen múltiples causas, y que una de las posibilidades de atender a la actora era precisamente la utilizada por el médico demandado, sin embargo, no logran romper la conclusión dada por Medicina legal, en cuanto se afirma que se debió utilizar un método diferente para evitar el sufrimiento fetal, máxime que los peritos del instituto se refieren a hechos concretos y los testigos dan explicaciones generales sin referencia particular al caso, en la mayor parte de sus dichos.

No obstante, los dos últimos citados, los doctores Marco Tulio Campo Caballero y María Elvira Matheus Samper, que laboran en la clínica La Magdalena, una de las demandadas, dicen que no asistieron al parto pero que en su calidad de pediatras recibieron al menor después de su nacimiento, conocieron su estado de salud y los daños sufridos, principalmente se refieren a la asfixia perinatal, aunque en sus dichos siempre tratan de eximir de responsabilidad a los demandados.

No existe pues duda, que el indicio mencionado antes sirve para dar por sentadas la culpa y la relación de causalidad entre la atención dada de manera deficiente en el momento del parto y los daños que presenta el menor Cristian Camilo Estrada Hernández, se refuerza con las reglas mencionadas de aligeramiento probatorio, por eso se afirma que en el caso en estudio, respecto a los daños sufridos por el menor Cristian Camilo, las cosas hablan por sí mismas, (*res ipsa loquitur*) evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia, pues estando probado que la madre y el menor tuvieron una gestación adecuada y que solamente durante el parto se presentaron los hechos dañinos sin que pueda explicarse una causa para ello, es indicio de que el daño proviene de la negligencia en la atención o la falta de una decisión adecuada en el parto. Lo anterior indica que normalmente no se presentaría ese daño

excepcional para un parto en condiciones normales o en el que no se ha demostrado anormalidades, o como también se denomina, *la prueba prima facie* o presunción de culpa calificada.

En cuanto al daño recibido por el menor, no existe duda que a causa de las circunstancias que rodearon su nacimiento el menor sufrió hipoxia prenatal que le causó graves daños cerebrales, entre ellos una parálisis que lo incapacitará por toda su vida para el desarrollo de las actividades de una persona normal, que le impiden la movilidad, el aprendizaje y sus actividades vitales de manera autónoma, siendo dependiente total para su subsistencia durante toda la vida.

Ese daño está demostrado con el análisis que hizo el Instituto de Medicina Legal a instancias de la Defensora de Familia adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar las diferentes historias clínicas referidas a los demandantes, de las cuales aparecen resúmenes en copias y de las que el mismo instituto cita las siguientes como sus fuentes:

1. Historia Clínica de Control Prenatal No 52767780 de Colsánitas
2. Historia de atención de Parto No 21418 de la Clínica La Magdalena
3. Historia de atención de infante No 174176 de la Fundación Cardio infantil
4. Historia de atención de infante No 650046 del Hospital La Misericordia.

Estas se tuvieron en cuenta por parte del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Regional Bogotá Grupo Clínico Forense, para concluir con relación a la deficiencia en el servicio de atención médica suministrada a la señora Katia Hernández Montiel y a su hijo Cristian Camilo Estrada Hernández, tanto en el momento del parto como en los instantes posteriores, y condujeron a las conclusiones ya mencionadas, o sea que durante el parto se produjo una hipoxia perinatal a causa de la inadecuada atención, lo cual produjo en el menor Cristina Camilo una parálisis cerebral severa, que le

produjo una incapacidad absoluta y permanente para toda su vida. Así que da demostrado el daño, la relación de causalidad y la responsabilidad de los demandados, quienes responden solidariamente por estar unidos por una relación contractual frente a los actores, ante quienes responden como prestadores del servicio de salud en diferentes modalidades, la EPS Sánitas como contratante directa del servicio, y la clínica La Magdalena, así como el médico Roberto Ortegón Páez, porque actuaron a nombre y en representación de la contratante.

Con relación a las defensas que se propusieron, y que únicamente se presentaron por el Dr. Roberto Ortegón Páez, se tendrá en cuenta lo siguiente: Alegó como primera excepción la **“Ausencia de Responsabilidad”** aduciendo que su actuación siempre fue activa y estuvo acorde con los reglamentos que exige la ginecobstetricia para la atención de partos, y que su actuar fue prudente, diligente, e idóneo, que empleó todos sus conocimientos, diligencia y cuidado en la prestación de sus servicios profesionales en la atención del parto de la paciente de acuerdo con los protocolos para la atención de partos, tal como se desprende de la historia clínica.

Frente estas alegaciones se coloca el indicio arriba mencionado y consistente en que no hubo prueba de complicaciones durante el embarazo y que por el contrario éste se manifestó normal, por lo cual cabe dar aplicación al “aligeramiento probatorio” que da lugar a considerar que del hecho dañino presentado durante el parto puede colegirse la culpa y la relación de causalidad de acuerdo con el principio res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí solas) o culpa virtual (faute virtuelle) debido a las circunstancias especiales, dado que los profesionales prestadores del servicio no demostraron que se hubiera presentado una situación especial que sin alcanzar su responsabilidad hubiera dado lugar al hecho dañino.

No basta pues que se trate de un profesional de la medicina, especialista en ginecología y obstetricia, preparado para la atención de partos con espátulas y experiencia amplia de su práctica a través de su ejercicio profesional, sino que, partiendo de unas condiciones normales de parto, al presentarse una anomalía, es al profesional a quien corresponde demostrar qué causal de exoneración existe para unos hechos que no son los esperados de acuerdo con las circunstancias antecedentes.

En el mismo sentido se descartan las otras dos excepciones presentadas y que denominó **“Ausencia de nexo causal”** e **“Inimputabilidad de responsabilidad al Dr. Roberto Ortigón Páez”**, pues era la parte demandada la que debía romper ese indicio antes mencionado y no lo hizo.

Con relación al nexo de causalidad entre la conducta omisiva o negligente y el resultado, respecto a la responsabilidad en la prestación del servicio médico en materia de obstetricia, la doctrina y la jurisprudencia nacionales vienen aceptando por razones de equidad “el aligeramiento probatorio” en favor de la parte demandante, o la carga dinámica de la prueba, reconociendo las dificultades que puede tener el actor para probar con exactitud, aceptando en su lugar que el juez acoja la mera probabilidad de su existencia o lo que considera más probable cuando no se tiene una prueba directa. Respecto a la carga dinámica de la prueba, la Corte Suprema de Justicia expuso en sentencia S 001 del 30 de enero de 2001, con ponencia del Magistrado Dr José Fernando Ramírez Gómez: *“...Igualmente, corresponde al paciente, probar el daño padecido (lesión física o psíquica) y consecuentemente el perjuicio patrimonial o moral cuyo resarcimiento pretende. Ahora, probado este último elemento, sin duda alguna, como antes se explicó, que lo nuclear del problema está en la relación de causalidad adecuada entre el comportamiento activo o pasivo del deudor y el daño padecido por el acreedor, pues es aquí donde entran en juego los deberes jurídicos de atención y cuidado que en el caso concreto hubo de asumir el médico y el fenómeno de la imputabilidad, es decir, la atribución subjetiva, a título de dolo o culpa. Pero es precisamente en este sector del*

comportamiento en relación con las prestaciones debidas, donde no es posible sentar reglas probatorias absolutas con independencia del caso concreto, pues los habrá donde el onus probandi permanezca inmodificable, o donde sea dable hacer actuar presunciones judiciales, como aquellas que en ocasiones referenciadas ha tenido en cuenta la Corte, pero también aquellos donde cobre vigencia ese carácter dinámico de la carga de la prueba, para exigir de cada una de las partes dentro de un marco de lealtad y colaboración, y dadas las circunstancias de hecho, la prueba de los supuestos configurantes del tema de decisión. Todo, se reitera, teniendo 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 artis).”

Respecto a la defensa de **“Temeridad y mala fe de la demandada”**, ésta pretende únicamente desconocer lagunas afirmaciones de la actora sosteniendo que con ellas se pretende crear una relación de causalidad inexistente entre la actuación del demandado y los supuestos perjuicios ocasionados, pero como ya se indicó, no solo se tiene en cuenta lo afirmado por la parte demandante sino también y de manera primordial, lo que indican las pruebas o la ausencia de ellas.

Y finalmente, como se aduce que existe una **“Excesiva tasación de perjuicios”**, es necesario señalar que ésta solo puede definirse cuando se estudie el monto de las indemnizaciones, advirtiéndose que dicha tasación tendrá como límites no solamente lo pedido sino también lo probado y lo legalmente permitido, teniendo especial cuidado en lo manifestado por la parte demandada en sus alegaciones, respecto a la congruencia de las pretensiones y a los excesos que se presentaron en el dictamen pericial.

Liquidación de perjuicios

En cuanto a los daños, es necesario advertir que los presuntamente irrogados a KATIA ISABELHERNANDEZ MONTIEL en forma directa,

como son los relacionados con los desórdenes que asegura le quedaron como secuelas en su sexualidad, así como la pérdida de apetito sexual, no fueron demostrados, pero sí los ocasionados a su menor hijo CRISTIAN CAMILO ESTRADA HERNANDEZ, quien a causa de la parálisis cerebral sufrida, es un niño que por sí solo no puede desarrollar ninguna actividad, no se sienta, no camina, no gatea, su alimentación debe ser totalmente licuada y colada, y por supuesto no ha tenido ni tendrá posibilidades de aprendizaje como un niño normal, por lo cual necesita la presencia de ayuda para poder sobrevivir.

En ese sentido, los perjuicios que se reclaman por esos hechos se analizarán frente a ambos demandantes, que indudablemente han padecido las consecuencias de los resultados de la defectuosa atención médica.

Para determinar los perjuicios, se decretó como prueba de oficio un dictamen pericial, para lo cual se designó a MANUEL ARTURO CASTAÑEDA GARCIA con el encargo de valorar los daños y perjuicios sufridos por los actores, el cual aparece a folios 752 a 761, inicialmente, y que fue objetado por error grave por los apoderados de los tres demandados.

En el peritaje se establece EL DAÑO EMERGENTE, advirtiendo que no se puede calcular un daño emergente pasado por no existir recibos que lo sustenten. Se refiere a un daño emergente futuro consistente en la educación especial que deberá recibir el menor, la cual tasa, de acuerdo con sus cálculos en \$ 438.157.800,00 El valor del transporte para desplazarse al centro de educación, que regula en \$ 14.852.800,00 y los medicamentos que deberá suministrarse al menor que ascienden a la suma de \$ 121.792.960,00 para un monto total por daño emergente de \$ 574.803.360,00

El LUCRO CESANTE lo divide en uno que denomina CONSOLIDADO que define y regula como lo que dejó de percibir la madre

para atender al menor desde su nacimiento hasta la fecha del dictamen, advirtiéndole que deberá actualizarse hasta que se reciba la indemnización o hasta que pueda conseguir un trabajo y efectivamente lo consiga, lo cual para ese momento calcula en la suma de \$ 44.905.589,40

Y otro que denomina LUCRO CESANTE FUTURO, relacionado con la esperanza de vida de CRISTIAN CAMILO y lo que debía producir durante su vida si hubiera sido normal, para la cual considera una esperanza de vida de 67,55 años y calcula sobre la base del salario mínimo legal, para un total por lucro cesante futuro de \$ 128.898.586,00

Así mismo se ocupa de los perjuicios morales, tanto para Cristian Camilo, como para la madre, y para su hermana Karen Dayana Estrada Hernández, los cuales fija en 2.100 salarios mínimos legales mensuales, divididos en 800 SMLM para Cristian Camilo, 800 SMLM para Katia Hernández y 500 SMLM para su hermana Karen Dayana.

La demandada EPS SANITAS objetó por error grave aduciendo que: 1. Se calculó sobre la vida probable del menor como si se tratara de una persona normal sin tener en cuenta que un niño con patología tiene una supervivencia diferente. 2. Se contempla un rubro para medicamentos sin tener en cuenta que el menor debe estar afiliado a una EPS. 3. Igualmente se habla del costo de una cirugía futura, la cual debe cubrir la entidad promotora de salud. 4. Que no puede hacerse referencia a un lucro cesante futuro del menor sin saber si efectivamente sería productivo y mucho menos tasarlo desde su nacimiento. 5. En cuanto al lucro cesante consolidado, basado en los ingresos que debería haber percibido la madre, ha debido demostrarse que ella laboraba antes de tener su hijo y que no ha podido hacerlo desde su nacimiento. 6. Respecto a los perjuicios morales, no corresponde al perito su tasación, pero además, no

podía fijarse dichos perjuicios incluyendo a la hermana de Cristian Camilo que no es parte en este proceso.

La CLINICA LA MAGDALENA S.A. objetó el dictamen alegando que se incurrió en error grava porque: 1. El peritaje se hace con respecto a tres personas como beneficiarias de la indemnización y los demandantes solamente son dos. 2. El perito ase extralimitó porque no es parte procesal y en consecuencia no puede decretar ni practicar pruebas. 3. El perito se aleja de la objetividad al establecer por sí mismo y por valoraciones no concatenadas, que el menor deberá recibir educación especial y gastos médicos durante toda su vida, sin que se tratara de una valoración técnica médica futura. 4. Es contradictorio cuando valora lucro cesante futuro del menor como si se tratara de un trabajador común y devengara salario, y más aún desde su nacimiento. 5. De la historia clínica del Hospital La Misericordia se observa que era necesaria una cirugía gástrica para el manejo de la patología del menor y la madre se negó a que se le practicara. 6. En el lucro cesante se tiene en cuenta ingresos de la madre sin que probara desempeño de labor alguna. 7. El perito insinúa que debe pagarse la indemnización a la demandante y a su hija y que ese pago anticipado debe invertirse en un producto bancario que produzca renta, sin que esa sea función del perito. 8. Se tasa daño moral a favor de la hermana del menor sin que sea sujeto procesal.

Y el médico ROBERTO ORTEGON PAEZ señala que se incurrió en error grave porque el perito hizo cálculos del perjuicio material sin cotar con los elementos para ello, determinó que necesitaba una educación especial, cotizó su valor y aportó pruebas, y si fuera necesaria, leería establecerse por la diferencia entre la que obliga a todo padre y la que fuera obligatoria por su condición de niño especial. Además, el perito determina, motu proprio, que el menor deberá recibir unos medicamentos por toda su vida sin existir prueba al respecto. En cuanto al lucro cesante, es errada la tasación desde la fecha de

nacimiento, pero además, aunque fuera un niño sano, no se tendría certeza de que en su edad adulta fuera a trabajar, por lo que se trata de un perjuicio hipotético que no tiene sustento. Fuera de lo anterior, al tasar perjuicio futuro y educación para el menor, se causa un enriquecimiento, pues lo que recibiría por lucro cesante debería invertirse en sus necesidades, pero además, las cifras solicitadas en la demanda son inferiores a las señaladas por el perito. Finalmente, que la fijación del perjuicio moral es tarea reservada al juez, y que no debió señalarse perjuicios para la hermana que no es parte en el proceso, y que lo establecido como perjuicios morales excede lo que normalmente fija la Corte Suprema que es de veinte millones de pesos por persona en caso de muerte.

Para decidir las objeciones se nombró como nuevo perito a HERNANDO ALBERTO URQUIJO, a quien además de advertirle que se trata de una prueba dentro de la objeción, se le ordena remitirse a la demanda y su contestación, pero como venció el término probatorio sin que se allegara el dictamen, se procedió al traslado para alegaciones prescindiendo del mismo.

Al entrar la sala en el análisis de las objeciones, encuentra acertados en su mayoría los argumentos expuestos por los demandados para enervar por error grave el peritaje, pues aparece claro que todo lo fijado por el perito como daño emergente resulta extraño al proceso, pues en ninguna de las pruebas aparece demostrado que se hubiera hablado siquiera de una educación especial para el menor, el cual según lo demostrado no es capaz de asimilarla, así se trate de un trato muy especial, pues se ha dicho que resulta totalmente incapacitado para relacionarse con el medio debido al daño cerebral sufrido.

Igualmente resulta extraño que aparezca la necesidad de medicamentos, operaciones y pruebas médicas diferentes sin que dentro del proceso se hubiera demostrado la orden para ello, salvo las que se mencionaron en las

historias clínicas y fueron llevadas a cabo, o por decisión de la madre no se practicaron y si tanto la madre como el menor continúan como beneficiarios de la EPS, su suministro corresponde a la entidad, pero por otra causa.

Respecto al lucro cesante, es cierto que no se ha demostrado que la madre laborara y en consecuencia recibiera ingresos, pues además, su condición de vinculada a la EPS es como beneficiaria y no como afiliada, luego se presume que no tenía vinculación laboral y respecto al menor Cristian Camilo, si es un error hacer los cálculos desde su nacimiento pues solo podría pensarse en ingreso válidamente desde el punto de vista legal desde los dieciocho años, no obstante, no es errado el cálculo de vida probable sin tener en cuenta su patología, pues es precisamente ella la que se tiene que resarcir, y los cálculos a futuros se hacen precisamente porque se debe garantizar el ingreso para su subsistencia, aunque no pueda asegurarse que sería necesariamente productivo, pues el daño que se le causó impide que se llegue a experimentar realmente su capacidad, pero la vida probable a tener en cuenta es la que se pide en la demanda, o sea 52,9 años y no la utilizada por el perito.

Respecto a los perjuicios morales, aunque en la orden del juzgado en el momento de decretar la prueba fue que se tasaran, es cierto que ellos pertenecen al arbitrio judicis y por eso no corresponde al perito su tasación, y que además, no podía fijarse dichos perjuicios incluyendo a la hermana de Cristian Camilo porque ella no es demandante en este proceso.

Finalmente, respecto a los límites fijados por la demanda para las pretensiones, esto no constituye motivo de objeción, pero sí límite al fallador, salvo en lo que se considere que puede reconocerse oficiosamente para reconocer la reparación integral.

Así pues, se declarará probada la objeción, pero se acogerá del peritaje lo que sea útil para la tasación de perjuicios que hará la sala, partiendo de las pretensiones mismas de la demanda, así:

Para la demandante KATIA ISABEL HERNANDEZ MONTIEL, se considera que no existe prueba alguna que permita establecer la existencia de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, ni presentes ni futuros, por lo cual se negará la petición 1.1.

En la modalidad de lucro cesante para ella, la decisión será parcialmente positiva, y aunque no se demostró su vinculación laboral que produjera en su favor ingresos de tal naturaleza. Sin embargo, como si está demostrado que su hijo quedó completamente incapacitado para valerse por sí mismo, y como a aquél solamente se le reconocerá lucro cesante en la forma pedida, a partir de los veinte años, se considera que la madre deberá cuidarlo en forma permanente, lo cual, aunque era su obligación tratándose de un menor, aumentó su responsabilidad y dedicación, y por eso, aunque no demostró su vinculación laboral si afirma que se dedicaba a labores domésticas, lo que quiere decir que presumiblemente no devengaba completo el salario mínimo legal, pero que además parte del tiempo que dedicaría a su hijo era su propia obligación, se le reconocerá como perjuicio material causado un monto equivalente a la mitad del salario mínimo legal durante el tiempo que deberá cuidar a su hijo y que éste no recibe indemnización, es decir, durante los primeros veinte años de vida, salario que se liquidará al precio en que Cristian Camilo cumplió los veintes años, es decir, para el año 2010, o sea la suma de TREINTA MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS M.L. (\$ 30.900.000,00), de esa forma queda actualizada la suma señalada, advirtiéndose que en adelante se indexará dicha suma con el índice de aumento de precios al consumidor.

En lo que se refiere a perjuicios morales, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, *“Tal perjuicio, como se sabe, es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca a sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece, circunstancia que, si bien dificulta su determinación, no puede aparejar el dejar de lado la empresa de tasarlos, tarea, que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado.”* (sentencia de 10 de marzo de 1994)

“De ahí que, atendiendo todas estas dificultades, algunos digan que la indemnización del daño moral, más que ostentar un carácter resarcitorio propiamente dicho, cumple una función “satisfactoria”, como quiera que, dada su naturaleza, aquél no puede ser íntegramente reparado, lo que no obsta, empero, para que la víctima reciba una compensación suficiente a fin de procurarle una satisfacción que guardando alguna proporción con su aflicción, la haga más llevadera, razón por la cual su cuantificación no puede quedar librada al solo capricho del juzgador, por el contrario, la estimación de esa especie de perjuicio debe atender a criterios concretos como la magnitud o gravedad de la ofensa, el carácter de la víctima y las secuelas que en ella hubiese dejado el evento dañoso e, inclusive, en algunos casos, por qué no, la misma identidad del ofensor, habida cuenta que ciertos sucesos se tornan más dolorosos dependiendo de la persona que los ha causado.” (Sentencia de 5 de mayo de 1999, M.P. Dr Jorge Antonio Castillo Rugeles).

Por eso en este caso se fijará a la madre a título de indemnización por perjuicios morales, la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS M. L. (\$ 40.000.000,00) para resarcir el sufrimiento que experimenta como madre al ver a su hijo imposibilitado para llevar una vida normal, y aunque ese dolor es subjetivo y nadie puede medirlo, ese perjuicio no puede quedar sin resarcimiento.

Para el menor CRISTIAN CAMILO ESTRADA HERNANDEZ, se condenará solidariamente a los demandados a pagarle como indemnización, por perjuicios materiales, a título de lucro cesante futuro, una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual, que en la forma y límites solicitados en la demanda, ascienden a CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL PESOS M.L. (\$ 59.194.000,00) cifra que se obtiene de restar a la calculada por el perito en el proceso, los primeros veinte años de vida del menor y limitándola a los 52,9 años, así como también a la cifra por ellos señalada.

No obstante la anterior limitación, el pago se hará indexado, actualizando dicha cantidad desde el momento de la demanda hasta el pago real y efectivo. El mencionado valor indexado a diciembre de 2010, corresponde a la suma de OCHENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS VEITNICINCO PESOS M. L. (\$ 88.664.625,00) de acuerdo con las fórmulas que para el efecto ha establecido la doctrina y la jurisprudencia:

$$VP= VH \times \frac{I.P.C. \text{ final}}{I.P.C.} \quad 59.194.000,00 \times \frac{105,24}{70,26} = 88.664.625,00$$

Lo anterior, aunque ha sido discutido por la doctrina, y en el caso particular por los demandados, pues se considera por algunos que no puede decirse con certeza que un menor será productivo cuando llegue a su mayor edad, esta es una de las formas de garantizar y de tasar una subvención para indemnizar el daño causado aun menor que de otra manera quedaría sin protección y sin garantía de subsistencia habiendo padecido un mal irreparable. El Consejo de Estado acepta este tipo de reparación, y así lo estableció en sentencia del 17 de agosto de 2000 con ponencia del Consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez: *“En relación con la indemnización por*

perjuicios materiales a título de lucro cesante ordenada por el Tribunal a favor del menor, igualmente está de acuerdo la Sala en su determinación, la cual consiste en reconocerle un monto de dinero calculado con base en el salario mínimo legal a partir de su mayoría de edad y durante su vida probable, pues de conformidad con el dictamen pericial el niño presenta una “parálisis cerebral con secuelas definitivas en su desarrollo mental y psicomotor con grandes limitaciones en su posterior desarrollo, en su vida de relación interpersonal y social ampliada lo que le imposibilita para una cualificación profesional y para el ejercicio de una actividad laboral productiva”

Además, con los mismos argumentos establecidos para el caso de la madre, se fijará como perjuicios morales para el menor CRISTIAN CAMILO ESTRADA HERNANDEZ, la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS M.L. (\$ 40.000.000,00)

Finalmente, los demandados serán condenados a pagar las costas y gastos del proceso en las dos instancias.

En consecuencia, la providencia apelada será revocada y se decidirá en la forma antes expuesta.

DECISION

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C.**, en Sala Civil de Decisión, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada por la parte demandante, proferida el día 30 de mayo del año 2008 por el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por los demandados, con la anotación hecha respecto a la “**Excesiva tasación de perjuicios**”.

TERCERO: DECLARAR PROBADA la objeción al dictamen pericial en la forma y términos señalados en la parte motiva.

CUARTO: DECLARAR que la Empresa Promotora de Salud EPS Sanitas S.A. Médica Magdalena Ltda, y el médico Roberto Ortega Páez, son civilmente responsables de los daños sufridos por el menor CRISTIAN CAMILO ESTRADA HERNANDEZ como consecuencia de los hechos que tuvieron lugar durante la atención del parto y cuidados postnatales, propiciados a su señora madre, KATIA ISABEL HERNANDEZ MONTIEL, y al mismo menor, el 2 de agosto de 2000 en la Clínica La Magdalena.

QUINTO: CONDENAR SOLIDARIAMENTE a los demandados, Médica Magdalena Ltda, Empresa Promotora de Salud EPS Sanitas S.A. y el médico Roberto Ortega Páez, A a indemnizar a los actores por los perjuicios ocasionados a Katia Isabel Hernández Montiel y Cristian Camilo Estrada Hernández en la siguiente forma:

Para la demandante KATIA ISABEL HERNANDEZ MONTIEL, a título de perjuicios materiales en la forma indicada en la parte motiva, TREINTA MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS M.L. (\$ 30.900.000,00), suma que se considera así actualizada a la fecha, advirtiéndose que en adelante se indexará con el índice de aumento de precios al consumidor hasta su pago.

Por perjuicios morales, SE CONDENAN a los demandados a pagarle la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS M. L. (\$ 40.000.000,00)

Para el menor CRISTIAN CAMILO ESTRADA HERNANDEZ, se condena a los demandados a pagarle como indemnización, a título de perjuicios materiales, que se calculan con base en el lucro cesante futuro, la suma de CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO

MIL PESOS M.L. (\$ 59.194.000,00) suma que indexada a diciembre de 2010 corresponde a la cantidad de OCHENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS VEITNICINCO PESOS M. L. (\$ 88.664.625,00) y que se seguirá indexando en la misma forma hasta el pago efectivo teniendo como base el aumento del índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

Y como perjuicios morales para CRISTIAN CAMILO ESTRADA HERNANDEZ, la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS M.L. (\$ 40.000.000,00)

SEXTO: CONDENAR a la parte demandada al pago de las costas y gastos del proceso en ambas instancias.

Para el efecto, el Magistrado sustanciador fija las agencias en derecho en esta instancia en la suma de CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M.L. (\$ 5.500.000,00)

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

ALVARO FERNANDO GARCIA RESTREPO

Magistrado

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

Magistrado

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

Magistrada

Proyecto discutido y aprobado en sala civil de decisión del día 19 de enero del año 2011