



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, cinco (05) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Demandantes: **JHON ALEXANDER NUÑEZ VELASCO**
LEYDY VIVIANA CASTRO
DANIEL FELIPE LERMA CASTRO
KAROL VIVIANA NUÑEZ CASTRO
JHON ALEX NUÑEZ CASTRO
LIZETH DANIELLA NUÑEZ VELASCO

Demandados: **ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA**
SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S.

DR. GUSTAVO VÁSQUEZ SÁNCHEZ

Llamados en Garantía: **LA PREVISORA S. A. llamada por HOSPITAL**
UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO
GARCÍA.

ALLIANZ SEGUROS S.A. llamada por
HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE
EVARISTO GARCÍA

HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE
EVARISTO GARCÍA llamado por la
ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA
SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S.

RADICACIÓN: **76001-31-03-008-2016-00263-00**

SENTENCIA N° 120

I.- OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede este Despacho a dictar sentencia de Primera Instancia dentro del proceso VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA propuesta por **JHON ALEXANDER NUÑEZ VELASCO, LEYDY VIVIANA CASTRO, DANIEL FELIPE LERMA CASTRO, KAROL VIVIANA NUÑEZ CASTRO, JHON ALEX NUÑEZ CASTRO Y LIZETH DANIELLA NUÑEZ VELASCO**, frente a la **ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. y GUSTAVO VÁSQUEZ SÁNCHEZ**.

II. DE LA DEMANDA.

Conforme la subsanación a la demanda propuesta sobre el libelo genitor formulado por los demandantes, así como sus pretensiones se tiene que la misma admite el siguiente compendio:

El menor JHON SCHNNEIDER NUÑEZ CASTRO para el 2.006 se encontraba afiliado a la EPS ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E.S.S. en calidad de beneficiario.

Relata que el menor ingresó al servicio de urgencias del Hospital Universitario del Valle Evaristo García el 05 de septiembre de 2006 donde el médico general Andrés F. Sánchez anotó como diagnósticos “*síndrome hipertensión endocraneana, descartar hidrocefalia comunicante, contacto con varicela, antecedentes de toxoplasmosis congénita en manejo, secuelas de meningitis*” así mismo se solicitó “*TAC cerebral simple y contrastado y valoración por neurocirugía*”.

Posteriormente, a las 22:40 horas el menor fue llevado para practicar el TAC, el cual no fue posible realizar debido a que no hizo efecto la sedación, por lo cual al día siguiente se ordenó de manera urgente la realización del examen bajo sedación y entre tanto, el Doctor OSCAR A. ESCOBAR V. practicó una punción ventricular al menor, obteniendo líquido cefalorraquídeo el cual fue enviado para análisis, con el cual, aunado al resultado del TAC se definiría la necesidad de cirugía.

En la noche del 06 de septiembre de 2006 el menor fue trasladado al servicio de urgencias pediátricas a la unidad de infecto-pediatría “ANHELO DE VIDA” del Hospital Universitario del Valle Evaristo García y el día 07 de septiembre de ese mismo año, el servicio de neurocirugía registra la práctica del TAC cerebral con resultados pendientes para definir conducta.

Manifiesta que entre el 8 y el 12 de septiembre de 2006 se presentaron tardanzas en la obtención del resultado del TAC por lo cual, se prolongó la determinación para la práctica del procedimiento quirúrgico.

Indica que el 13 de septiembre, siete días después de haberse practicado el TAC, se confirmó diagnóstico de hidrocefalia obstructiva no comunicante y se decidió implantar válvula para derivación ventrículo peritoneal continuando en observación neurológica, según anotación del médico GUSTAVO VASQUEZ SÁNCHEZ.

Reprocha que el especialista GUSTAVO VASQUEZ SÁNCHEZ valoró al menor desde el 12 de septiembre y supeditó la decisión de la práctica de la cirugía al resultado del TAC, actuación que considera culposa, la cual sustenta con informe pericial elaborado por la Doctora MARTHA SOLEDAD CIRO AGUIRRE y el Doctor WILLIAM MAURICIO RIVERDOS de la Universidad del Rosario, donde en suma, manifestaron que hubo demora en la práctica y lectura del TAC así como en la decisión de la derivación con la que se hubiera podido aliviar la hipertensión endocraneana y que probablemente, lo condujo a la lesión cerebral severa y finalmente a su fallecimiento.

La cirugía de derivación ventrículo peritoneal fue programada para el 15 de septiembre; sin embargo, no fue practicada en esa fecha por lo cual el día 16 fue nuevamente programado sin éxito, al día siguiente es intubado, remitido a cuidados intensivos, valorado por neurocirugía donde le practican punción ventricular con el fin de aliviar la presión intracraneal aumentada, la unidad de cuidados intensivos continúa sin cupo mientras el menor continua deteriorándose neurológicamente con alta probabilidad de fallecer según notas de su historia clínica.

El 18 de septiembre le practican por tercera vez punción ventricular, se tomaron muestras enviadas al laboratorio y se solicitó nuevamente turno urgente para cirugía DVP. Ese mismo día es intervenido quirúrgicamente, el Doctor LUIS FERNANDO SANTACRUZ realiza la Derivación Ventrículo Peritoneal, procedimiento que los demandantes consideran tardío.

El 19 de septiembre el estado del menor empeora gravemente y finalmente el 20 de septiembre, fallece.

Manifiesta que los padres sufragaron los costos de medicamentos, exámenes, transportes, hospitalización y gastos fúnebres.

Expone que la muerte del menor causó afectación de orden moral y a la vida relación a su núcleo familiar conformado por sus padres JHON ALEXANDER NUÑEZ VELASCO y LEYDY VIVIANA CASTRO; sus hermanos DANIEL FELIPE LERMA CASTRO, KAROL VIVIANA NUÑEZ CASTRO, JHON ALEX NUÑEZ CASTRO; y a su tía LIZETH DANIELLA NUÑEZ VELASCO.

A partir del anterior recuento fáctico, se pretende:

-Declarar a los demandados civil y solidariamente responsables por los perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia de la muerte de del menor JHON SCHNEIDER NÚÑEZ CASTRO (Q. E. P. D.), y, en consecuencia, se condenen al pago de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales:

Perjuicios Patrimoniales:

-Para Jhon Alexander Núñez Velasco (Padre): Daño Emergente: \$1.600.375.

-Que la suma de dinero pretendida sea debidamente indexada al momento de la sentencia.

Perjuicios Extrapatrimoniales:

Daño Moral:

-Para Leydy Viviana Castro (Madre): 60 millones de pesos.

-Para Jhon Alexander Núñez Velasco (Padre): 60 millones de pesos.

-Para Daniel Felipe Lerma Castro (Hermano): Daño Moral- 60 millones de pesos

-Para Karol Viviana Núñez Castro: (Hermana) Daño Moral- 60 millones de pesos.

-Para Jhon Alex Núñez Castro: (Hermano): Daño Moral- 60 millones de pesos.

-Para Lizeth Daniella Núñez Velasco (Tía): Daño moral-60 millones de pesos.

Daño a la vida en relación:

-Para Leydy Viviana Castro: Daño Moral: 200 smmlv

-Para Jhon Alexander Núñez Velasco (Padre): 60 millones de pesos.

-Para Daniel Felipe Lerma Castro Daño Moral-200 smmlv

-Para Karol Viviana Núñez Castro: Daño Moral-200 smmlv

-Para Jhon Alex Núñez Castro: Daño Moral-200 smmlv

-Para Lizeth Daniella Núñez Velasco: Daño moral-200 smmlv

-Que se condene a los demandados al pago de gastos y costas del proceso.

III. DE LA CONTESTACIÓN.

1. - La demandada ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. y los llamados en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A., HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E y LA PREVISORA S. A. contestaron la demanda tempestivamente, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, por el contrario, el demandado GUSTAVO VÁSQUEZ SÁNCHEZ no se pronunció en forma oportuna.

La ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. propuso las excepciones que denominó: “*Prescripción extintiva*”, “*Actuación de Buena fe*”, “*Inexistencia de nexo de causalidad*”, “*Exoneración de responsabilidad de la EPS Frente a la prestación del servicio de salud de la IPS (Cláusula de indemnidad)*”, “*Ausencia de culpabilidad*” y “*Cobro de lo no debido*”.

El fundamento de las mismas, además de la prescripción extintiva de que trata el artículo 2535 y 2536 del Código Civil, se sintetizan en la insatisfacción de la triada que configura la responsabilidad civil, toda vez que los hechos en que se fundan las pretensiones de los demandantes ocurrieron por fuera de sus instalaciones; por tanto, en su criterio, se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no participó directamente en el acto médico que se denuncia negligente, escapando lo ocurrido de su competencia; atención a cargo del Hospital Universitario del Valle Evaristo García y sus médicos adscritos donde no requería mediar autorización por tratarse de un servicio de urgencias, institución a quien llamó en garantía.

Aunado a lo anterior, resalta que la función que cumplen las EPS dentro del sistema general de seguridad social en salud, es netamente administrativa y no asistencial, siendo las IPS, con autonomía financiera y personería jurídica distinta, las que prestan directamente la atención médica; por lo cual, al suscribir el contrato de prestación de servicios con el Hospital, las partes pactaron cláusula de indemnidad que exonera a la aseguradora del pago de los perjuicios que puedan derivarse de la atención medica prestada por el contratista.

Por lo anterior, señala que los perjuicios pretendidos por el extremo activo no tienen fundamento al no mediar prueba alguna de responsabilidad medica a cargo de EMSSANAR ESS.

2.- El HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA como llamado en garantía de ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S.: sustentó como excepciones las denominadas “*No se dan los presupuestos de la acción*”, “*inexistencia de falla en el servicio médico prestado*”, “*pericia, diligencia y cuidado en la prestación del servicio médico brindado*”, “*inexistencia del nexo causal como elemento de responsabilidad*” “*exoneración por cumplimiento de la obligación de medio brindada*”, “*Exoneración por estar probado que el equipo médico al igual que la institución médica – HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCIA”, emplearon la debida diligencia y cuidado en el manejo brindado al paciente*”, “*Inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de los elementos estructurales de responsabilidad*”, “*Solicitud exagerada de pretensiones y carencia de pruebas de los supuestos jurídicos*”, “*caducidad*”, “*prescripción de la acción*” y “*la innominada*”.

En síntesis, afirma que esta célula judicial no es competente para conocer el trámite por cuanto esa institución es de carácter público, no se agotó el requisito de procedibilidad y además la acción se encuentra prescrita; por lo tanto, no se cumplen los presupuestos exigidos por la legislación patria.

Sostiene que la atención brindada al menor JHON SCHNEIDER NÚÑEZ CASTRO fue de calidad de acuerdo a su diagnóstico bajo la observación de un equipo médico especializado el cual actuó de manera diligente y dentro de los protocolos institucionales médicos y la Lex Artis, siendo una obligación de medio y no de resultado, donde no se configuró la culpa en ninguna de sus modalidades, aunado a que no existe nexo causal con el daño señalado por la parte actora, elemento necesario para estructurar la responsabilidad medica invocada y consecuencia estaría exonerada de la misma.

En ese orden de ideas, sostiene que los perjuicios reclamados por los demandantes carecen de fundamento fáctico, jurídico y probatorio aunado a que la indemnización que pretenden a título de daño moral no corresponde a los establecidos por la jurisprudencia decantado por las altas cortes.

3. - ALLIANZ SEGUROS S.A.S como llamado en garantía de HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E. formuló los medios exceptivos frente al llamamiento y la demanda “*Ausencia de cobertura de la póliza Número 022087367 para el evento que da fundamento a la presente acción*”, “*Deducible límite de amparos y coberturas*”, “*Carga de la prueba de los perjuicios y de la responsabilidad del beneficiario*”, “*Inexistencia de responsabilidad del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E.*”.

Refiere que la póliza No. 022087367/0 con base en la cual fue convocado, tuvo por finalidad amparar la responsabilidad civil medica en la que pudiera incurrir el asegurado, seguro en el cual se pactó una cláusula claims made por hechos ocurridos durante la misma vigencia o dentro de las vigencias anteriores contratadas a partir del 28 de abril de 2016 y hasta el 31 de octubre de 2017 por lo cual los hechos ocurridos en septiembre de 2006 estarían fuera del término pactado.

Señala que el deducible pactado fue del 15% del valor de la pérdida, mínimo 10 SMMLV al momento de la indemnización.

Coincide con su convocante en cuanto a que la medicina no es una ciencia exacta y por tanto su obligación es de medio y no de resultado; que el actuar del Hospital en el caso que nos ocupa, no constituye ningún título de culpa que el extremo activo haya podido demostrar probatoriamente siendo quien tiene la carga de la prueba como beneficiario, a la luz del artículo 1077 del Código de Comercio.

4.- LA PREVISORA S. A. como llamado en garantía de HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA propuso como excepciones frente al Llamamiento en garantía la de “Falta de cobertura DE LAS PÓLIZA APORTADA nro. 1004370 seguro de responsabilidad civil vigencia comprendida entre el 1/11/2008 A 1/1/2009 por cuanto el siniestro ocurrió el día 20 de septiembre de 2006 y la reclamación se presentó con la notificación de la presente demanda al Hospital Universitario del valle Evaristo García el día 11 de octubre de 2017”, “Exclusión de amparo por daño genético”, “Prescripción extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguros”, “Límite del valor asegurado y deducible a cargo del asegurado”, “Sublímite de valor asegurado para el amparo de daños extrapatrimoniales”; y como excepciones frente a la demanda la “Exoneración por cumplimiento de la obligación de diligencia y cuidado por parte del equipo médico del HUV Evaristo García E. S.E” y la “Falta de relación de causalidad entre la atención medica brindada en el Hospital Universitario Del Valle E.S.E. y la muerte del bebe Jhon Schneiner Nuñez Castro”

Sustenta sus medios exceptivos en la cláusula claims made pactada en el contrato de seguro, la cual consiste en reclamar y notificar el evento durante la vigencia de la póliza y hasta el límite de la cobertura excepto las exclusiones, póliza no vigente al momento de la ocurrencia de los hechos ni a la fecha de reclamación.

Invoca la exclusión contemplada en la póliza en relación con daños genéticos por lo cual al tratarse de un menor con toxoplasmosis congénita que dejó secuelas neurológicas e hidrocefalia, estaría expresamente excluido de la cobertura.

Agrega que la suma asegurada es de \$1.000.000.000 con un deducible del 10% del valor de la pérdida, mínimo \$12.000.000 y una vigencia comprendida entre el 01 de noviembre de 2008 al 01 de enero de 2009 y como sub límite para el amparo de daño moral se pactó la suma de \$50.000.000 con el mismo deducible.

IV. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES.

Los presupuestos procesales de competencia del juez, capacidad para ser parte, para comparecer al proceso y demanda en forma se cumplen en esta ocasión en la que los contendientes se encuentran igualmente legitimados en la causa tanto por activa como por pasiva, teniendo en cuenta que los demandantes son quienes, en calidad de víctimas indirectas como padres, hermanos y tía; tal como lo acreditaron con los respectivos registros civiles de nacimiento (Folios 4, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 Cuaderno 1), pretenden el pago de la indemnización por los perjuicios presuntamente causados a su criterio, por la mala praxis en los procedimientos médicos requeridos por el menor JHON SCHNEIDER NÚÑEZ CASTRO; y las demandadas son la ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. a la cual se encontraba afiliado y a la cual estaba adscrita la Institución Prestadora de los Servicios de Salud que brindó la atención del menor al momento de su fallecimiento, atención que es objeto de reproche.

De modo que, de declararse la responsabilidad, tendrían legitimación para acceder a la indemnización por los perjuicios morales que se presumirían de acuerdo al grado de consanguinidad e intensidad del daño.

2.- NATURALEZA DE LA PRETENSIÓN Y DE LA ACCIÓN.

De la interpretación de la demanda se deduce que la parte demandante afirma en la narración de los hechos la existencia de una responsabilidad civil contractual derivada de la mala práctica en la prestación del servicio médico, la cual es comprensible respecto del menor fallecido, pero respecto a los demás demandantes, se trataría de una responsabilidad civil extracontractual; no obstante, ese desconocimiento por parte del apoderado no se puede convertir en óbice que impida el estudio de las pretensiones y el fondo de la demanda, toda vez que como lo ha decantado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

“Así pues, la postulación del tipo de acción que rige el caso y la identificación de la correspondiente norma sustancial que ha de tomarse en cuenta para solucionar la controversia jurídica (que presupone necesariamente la interpretación de la demanda), son actos obligatorios que han de realizar los jueces, pues son de su exclusiva competencia, tal como lo ha explicado la doctrina académica y la jurisprudencia de esta Corte”¹

Superado lo anterior, en tratándose de una responsabilidad civil, ya contractual, ora extracontractual derivadas de un acto médico, en esencia es la obligación del responsable de la conducta culposa de reparar el daño a quien lo haya sufrido; se establece a partir del régimen de culpa probada, donde se exige la demostración de los elementos que la configuran; la conducta culposa a cargo del demandante, la prueba del daño y el nexo causal entre una y otro, pues no puede operar la presunción de culpa salvo en contadas excepciones en la que se prescinde del análisis causante del daño y así lo ha sostenido reiterativamente la Corte Suprema de justicia, en especial en la sentencia N° 15746-2014 del 14 de noviembre de 2014, expediente 2008-469.

Es premisa indiscutida que la obligación del médico frente a su paciente es una obligación de medio, en virtud de la cual el primero se obliga con el segundo a prestar toda la diligencia y cuidado de la ciencia médica en procura de la mejoría de la salud sin garantizar un resultado concreto, por ende, en este tipo de responsabilidad, al paciente le corresponde probar la culpa del galeno o de las instituciones encargadas de prestar el servicio, es así que la normatividad procesal patria exige que toda decisión judicial se funde medios probatorios conducentes, pertinentes e idóneos, encaminados a acreditar con respaldo normativo, técnico y científico la omisión en la lex artis generadora del daño; por lo tanto, este tipo de procesos no puede centrarse en aspectos ajenos a esa ciencia, ni puede limitarse a las afirmaciones de las partes, los testigos carentes de conocimientos especializados, los apoderados judiciales o el juez, sin desconocer la libertad probatoria; que no tarifa legal, pues caerían en el plano de la suposición y se tornarían en un mero ejercicio retórico, que no llegaría bajo ningún presupuesto a una decisión objetiva.

Respecto a la responsabilidad de las entidades promotoras de salud, deviene de las reglas del servicio público que prestan a todos los habitantes del territorio nacional bajo el principio de calidad a través de procedimientos que garanticen una atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (art. 2º, Decreto 1485 de 1994); de sus funciones asignadas por el legislador definidas en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, entre ellas,

¹ 1 sentencia STC6507 – 2017 de 11 de mayo de 2.017, M. P. Ariel Salazar. Rad. 2017-00682-01

la de “organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados” y su obligación establecida en el numeral 6 del canon 178 de la misma ley “Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”; al respecto, a partir de lo dispuesto en los artículos 14 de la Ley 1122 de 2007 y 3° de la Ley 1438 de 2011 la Corte Suprema de Justicia ha concluido que no es cierto que la responsabilidad de las EPS se circunscribe a sus funciones estrictamente administrativas en relación con el acceso de los usuarios a la red de salud, en ese sentido, ha señalado la jurisprudencia:

“... 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. 2°, 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.”²

Ahora bien, cuando el daño es causado por varias personas o intervienen varios agentes o autores en su causación, todos ellos son responsables solidariamente ante la víctima, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas. Esto significa que cada uno de ellos puede ser considerado responsable en su totalidad por el daño ocasionado. Esta disposición se encuentra establecida en el artículo 2344 del Código Civil y ha sido respaldada por diversas sentencias

² Sentencia de 17 de noviembre de 2011, Exp. 11001-3103-018-1999-00533-01, siendo M.P. el doctor William Namén Vargas. CSJ.

judiciales, como las citadas en el texto (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)

3.- PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico que surge en el presente asunto está encaminado a determinar si de acuerdo al material probatorio obrante en el plenario, se encuentran configurados o no los presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil médica a cargo de los demandados, en torno a la prestación de los servicios de salud brindados al menor y su posterior fallecimiento, en caso afirmativo, se establecerá la posible causación de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales irrogados a cada uno de los demandantes.

4.- CASO CONCRETO.

De entrada, hay que decir que la excepción denominada prescripción formulada por ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S, no tiene cabida, habida cuenta que, al momento de la interposición de esta demanda, 20 de septiembre de 2016; aún no era aplicable el término de los diez años consagrado en la ley 791 de 2002, toda vez que el fallecimiento del menor aconteció el 20 de septiembre de 2006, de modo que no puede prosperar dicho medio exceptivo.

Si bien no se alegó como excepción, pero en la contestación de la demanda la EPS sugirió su falta de legitimación en la causa por pasiva, dicho argumento no es de recibo para el despacho como se explicó en líneas que preceden, atendiendo lo decantado por la jurisprudencia y la normatividad que rige el sistema de seguridad social en salud, respecto a la responsabilidad legal que les corresponde cuando prestan los servicios a través de las Instituciones Prestadoras de Salud.

Superado lo anterior, a efectos de otorgar un orden lógico para evacuar la presente decisión, este Despacho inicialmente acudirá al estudio de los elementos configurativos de la responsabilidad civil médica, posteriormente solo de emerger avante la declaratoria responsabilidad pretendida, el despacho acudirá al estudio del resarcimiento de perjuicios.

4.1. El Daño

La importancia de este elemento en la responsabilidad civil es destacada, ya que su plena acreditación es necesaria para que surja de manera efectiva la

obligación de indemnizar. La doctrina en esta materia ha señalado que no solo debe ser cierto, sino también personal, es decir, que el perjuicio sea sufrido por la persona que busca su compensación.

En el caso sub – judice, se observa que el **daño** cuya indemnización se pretende en sus diversas modalidades, no permite discusión alguna, por cuanto se trata del fallecimiento del menor JHON SCHNEIDER NÚÑEZ CASTRO, el cual se encuentra probado con el registro civil de defunción (Folio 5 Cuaderno 1); prueba idónea para acreditarlo, deceso que según los supuestos fácticos derivó del diagnóstico e intervención quirúrgica aparentemente morosos por parte de la aseguradora en salud demandada a través del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E.

Probado el daño, en principio, debe ser resarcido siempre y cuando se cumplan los demás presupuestos de la responsabilidad galénica.

4.2. La Culpa y el Nexo Causal.

En relación a la idea general de la culpa, es importante destacar que esta implica necesariamente la negligencia, comportamiento erróneo en el cual una persona no habría incurrido si hubiera actuado con prudencia, diligencia y considerando adecuadamente las posibles consecuencias dañosas.

Como se sostuvo previamente, es claro que a la parte actora le incumbía la carga de demostrar que el lamentable fallecimiento del menor JHON SCHNEIDER NÚÑEZ CASTRO se debió a culpa o negligencia del galeno demandado, así como de la Entidad Promotora de Salud a través de la institución prestadora de servicios.

Situados en el caso concreto y en cuanto a la demostración del elemento subjetivo de la culpa en el médico y la entidad demanda, tendremos en consideración los siguientes medios probatorios aportados y practicados:

- Se encuentra probada la fecha de nacimiento del menor JHON SCHNEIDER NÚÑEZ CASTRO; su fallecimiento el 20 de septiembre de 2006 y su afiliación al sistema de seguridad social en salud a través de la ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. (Folios 4, 5 y 6 respectivamente)
- La historia clínica del menor JHON SCHNEIDER NÚÑEZ CASTRO emitida por el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCIA con clara violación a las normas sobre su diligenciamiento por cuanto

muchas de las anotaciones son prácticamente ilegibles, con varias abreviaturas o siglas, pero de la que se pueden resaltar las anotaciones que se expondrán a continuación.

De acuerdo al registro en la historia clínica obrante a folios 39 a 400 de cuaderno No. 1, se encuentra demostrado que el menor ingresó por urgencias al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA el 05 de septiembre de 2006 hasta el 20 de septiembre de 2006 con los diagnósticos denominados síndrome hipertensión endocraneana, hidrocefalia comunicante, contacto con varicela, antecedentes de toxoplasmosis congénita en manejo y secuelas de meningitis.

El día de su ingreso se solicitó “TAC cerebral simple y contrastado y valoración por neurocirugía” donde se recomienda “adelantar escenografía cerebral si es posible para posterior valoración por neurocirugía” imagen diagnóstica que se intentó tomar bajo sedación sin éxito, por lo cual se decidió practicar bajo anestesia.

El 06 de septiembre, a las 22:40 horas el menor fue llevado para practicar el TAC, el cual no fue posible realizar debido a que no hizo efecto la sedación, por lo cual al día siguiente se ordenó de manera urgente la realización del examen bajo anestesia (H.C. Folio 237 cuaderno 1).

Registra nota de pediatría en la que el paciente es comentado con infectología pediátrica en el servicio Anhele de Vida para revisar tratamiento por posible varicela, así mismo se direcciona continuar igual manejo para la toxoplasmosis.

Veintisiete 27 horas después del ingreso por urgencias, es evaluado por el servicio de neurocirugía, el Doctor OSCAR A. ESCOBAR V. practicó punción ventricular, obteniendo líquido cefalorraquídeo el cual fue enviado para análisis. Anotan estar a la espera de los resultados del líquido céfalo raquídeo LCR y del TAC para definir conducta quirúrgica, examen que se requería de manera **urgente** por el aumento del perímetro cefálico de 0.5 cms, intentando ese mismo día por segunda vez el TAC bajo sedación, sin éxito.

A las 11:35 a.m. 18 horas después de la primera evaluación por neurocirugía, es comentando de manera verbal con esa especialidad, donde indican que el plan de manejo a seguir es una ventriculostomía externa. (Folio 238 cuaderno No. 1)

En la noche del 06 de septiembre de 2006 se solicita trasladado al servicio de urgencias pediátricas a la unidad de infecto-pediatría “ANHELO DE VIDA” del Hospital Universitario del Valle Evaristo García, registra anotación “al ingreso

paciente muy irritable, no consolable, rigidez de nuca y opistótonos, palidez mococutánea, kerning y brunsish presente ...se consideró paciente que cursa con ..hipertensión endocraneana, probablemente por casusa de hidrocefalia comunicante...punción ventricular muestra liquido amarillo turbio ...se continúa manejo con antibiótico” (Folio 241 cuaderno No. 1)

Al día siguiente, 07 de septiembre fue practicado el TAC cerebral que deja en evidencia “*múltiples calcificaciones*” sin embargo anotan que está pendiente el reporte, lectura que sigue pendiente según anotaciones en la historia clínica hasta el 12 de septiembre; por lo cual, neurocirugía decide continuar manejo médico hasta definir conducta con TAC.

Cabe indicar que las notas del servicio de neurocirugía registran firmadas y selladas por el Doctor Oscar A. Escobar como residente de neurocirugía, Cristhian Quintero y Edgar Álzate, hasta el 12 de septiembre, fecha en la que fue valorado por el Neurocirujano demandado Gustavo Vásquez Sánchez quien anota continuar en espera hasta el reporte del TAC cerebral para descartar o confirmar el diagnóstico de hidrocefalia, nota firmada también por la médico cirujana Ana María Pérez P. y Cristhian Quintero.

El 11 de septiembre, a folio 251 del cuaderno No. 1 registra anotación “*LCR (tomado 06/09/2006 negativo)*).

EL 13 de septiembre, siete días después de haberse ordenado el TAC, se recibe su reporte con el que se confirmó diagnóstico de hidrocefalia obstructiva no comunicante y se decidió implantar válvula para derivación ventrículo peritoneal continuando en observación neurológica, esta nota registra firmada y sellada por el neurocirujano demandado Gustavo Vásquez Sánchez, por Cristhian Quintero del servicio de neurocirugía por la médico cirujana Ana María Pérez P, servicio que registra que el paciente se encontraba estable y que sería llevado a derivación ventrículo peritoneal por lo cual se formula válvula de hakim, procedimiento quirúrgico programado para el 15 de septiembre según disponibilidad de quirófano; sin embargo, según anotación del 16 de septiembre, no fue practicada en esa fecha por lo cual nuevamente es programado sin éxito. (Folio 260 cuaderno No. 1).

Al día siguiente, desde las 07:00 a.m. las notas de pediatría dan cuenta del deterioro del estado clínico del paciente con compromiso ventilatorio severo (Folio 262 cuaderno 1) “*con palidez monocutanea, presentando pausas respiratorias*” “*apnea con ocasión al esfuerzo respiratorio inefectivo*”; durante todo el día se anotaron las malas condiciones generales en las que se encontraba el menor, sin respuesta a estímulos, deterioro neurológico y ventilatorio, a las 07:45 a.m. se activa código azul, es intubado y remitido a cuidados intensivos;

se solicita valoración por neurocirugía y neurología pediátrica; a las 3:20 p.m. se registra anotación de pediatría “*se solicita nuevamente valoración por neurocirugía*”, a las 04:30 p.m. es valorado por neurocirugía donde le practican una vez más punción ventricular con el fin de aliviar la presión intracraneal aumentada.

El 18 de septiembre siendo las 24:05 la unidad de cuidados intensivos pediátrico continúa sin cupo, se registra deterioro neurológico con alta probabilidad de fallecer según notas de su historia clínica, registran practica de nueva punción ventricular y según el servicio de anestesiología y pediatría se registra posible muerte cerebral. (Folio 275 cuaderno 1)

A las 10:00 a.m. le practican nuevamente punción ventricular, se tomaron muestras enviadas al laboratorio y se solicitó nuevamente turno urgente para cirugía DVP. Ese mismo día es intervenido quirúrgicamente, el Doctor LUIS FERNANDO SANTACRUZ realiza la Derivación Ventrículo Peritoneal.

El 19 de septiembre se registran notas que señalan las malas condiciones generales del menor, estado crítico, no reflejo corneano, sin respuesta a estímulos externos ni dolorosos, el estado del menor empeora gravemente, presenta paro cardio respiratorio, asistolia que no responde a maniobras básicas y finalmente el 20 de septiembre, fallece. (Folio 280 cuaderno No. 1)

- Diagnósticos, tratamientos y circunstancias que en términos generales fueron corroborados en el interrogatorio practicado al demandado Gustavo Vásquez Sánchez, quien manifestó ser Neurocirujano, profesor de la Universidad del Valle 25 años con énfasis en neurocirugía pediátrica, actualmente sin vínculo alguno con el Hospital Universitario del Valle Evaristo García, donde renunció hace dos años, sin embargo, fue enfático en aclarar que el paciente no estaba a su cargo como lo sostuvo el extremo activo.

Manifestó que los pacientes no son de un médico como tal, los pacientes son institucionales, el servicio de neurocirugía funciona en varios por turnos en el día y en la noche, afirmó tener el turno de los viernes de 07:00 a.m. a 07:00 p.m. cada 4 o 5 semanas un turno de noche y en ocasiones los fines de semana como profesor de la universidad donde varios especialistas entrenados y los residentes le comentaban los casos y se tomaban decisiones, por lo cual recibió con sorpresa la respuesta de la madre del menor cuando sostuvo que no recuerda ningún otro neurocirujano a sabiendas de que el doctor Luis Fernando Santacruz fue quien operó el menor, galeno a quien primero denunciaron y cuando no lo encontraron culpable “*buscaron a otro*”

Efectivamente, en el interrogatorio practicado de manera oficiosa, se le preguntó a la señora Leidy Viviana Castro, madre del menor *¿Qué médicos estaban encargados de la atención de JHON S.?* a lo que respondió *“Que yo recuerde, bueno no recuerdo el nombre de las enfermeras, los médicos, pero recuerdo el nombre del Dr. Gustavo que aparece también en la historia clínica, como el neurocirujano...”* se le preguntó *¿Algún otro médico neurocirujano vio a J.S.?* *“Que yo recuerde no, no recuerdo”*.

Respecto a qué tan vinculante es su intervención y anotaciones, el galeno respondió que es vinculante, en caso de cirugía, se solicita el turno a sala de operaciones su programación no depende del médico tal como lo manifestó en su respuesta el Hospital Universitario del Valle Evaristo García y en cuanto a la oportunidad de la atención al menor considerando que transcurrieron 15 días, sostuvo que sin tener a mano la historia clínica, no recuerda cuando pasó el turno a cirugía pero se requería el insumo denominado válvula de hakim y aclaró que él no practicó la cirugía sino el Doctor Luis Fernando Santacruz, lo que se corrobora con lo anotado en la historia clínica que obra en el expediente.

Indicó que la punción ventricular, se hace con anestesiólogo, cuando son niños pequeños no siempre, que cuando son más grandes sí. Sostuvo no saber si se hubiera salvado la vida del menor al hacerse la cirugía en el momento en que fue ordenada, toda vez que tenía comorbilidades, como la toxoplasmosis, enfermedad congénita, tenía problemas visuales y resalta que quien pasa el turno para cirugía no es necesariamente quien opera, para llevar a cabo la cirugía deben tener los insumos requeridos y disponibilidad de quirófano.

Respecto a la necesidad de trasladarlo a otra institución, manifestó que en su concepto la cirugía podía llevarse a cabo en el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E. porque cuenta con la capacidad y la habilitación para realizarla y tenía el nivel de complejidad, *mientras se tenga la disponibilidad de quirófano*, afirmó que pasó el turno y necesitaba la válvula de hakim, insumo que desconoce quién lo suministra pues el hospital se encarga de conseguirlo y que cuando llegó, se operó.

Una vez se le pone de presente la historia clínica, revisa las anotaciones y aquí resalta que cuando un paciente está haciendo fiebre es contraindicado operarlo, dice que se hizo Tac pero no recibió reporte de imágenes hasta el 12 de septiembre, se evidencia paciente en buenas condiciones generales, recibiendo vía oral, el 13 de septiembre llega TAC cerebral, con el que se descartará o se confirmará la hidrocefalia, se registra paciente estable sin deterioro neurológico valorado en la revista del servicio como docente, decide solicitar la válvula, se formula la válvula de hakin y posiblemente se operaría el viernes , dependiendo

de septiembre siempre que se consigan los insumos, reitera que se piden los insumos y depende también de la disponibilidad de quirófano, anestesiólogo, se hace el procedimiento quirúrgico.

Manifiesta no conocer cuánto es el tiempo máximo para emitir el resultado del Tac, dos días después de recibirlo se tomó la decisión de operar, repasa la nota del 16 de septiembre de 2006: donde registra una paciente estable, sin deterioro neurológico, quien será programado nuevamente para derivación, se decide retomar la vía oral, se retoma líquidos, dice no saber por qué se devolvió del quirófano, indica que posiblemente tuvieron que *meter otro paciente*, no depende del neurocirujano, depende de la prioridad de sala de operación, no depende del médico, *nunca es porque no haya neurocirujano, si lo devolvieron fue porque algo sucedió*.

Resalta que el 17 de septiembre en la valoración del pediatra entra a la sala con sospecha de meningitis, es de manejo multidisciplinario, lo ve el pediatra, el infectólogo, no solo neurocirugía, que el paciente tenía toxoplasmosis, apnea, no esfuerzo respiratorio, es intubado, con probabilidad de muerte por hipoxia, con alto riesgo de muerte, pendiente valoración por neurología y neurocirugía quienes le practican punción ventricular.

Agrega que la toxoplasmosis es una enfermedad congénita que abarca muchos sistemas, problema de ojos, y muchos otros, que hay varios neurocirujanos que concursan en el manejo, uno de día y uno de noche y que el único problema del niño no era del cerebro, tenía una enfermedad congénita, múltiples órganos que podían entrar comprometidos, que llegó por pediatría, infectología, no por el problema neurológico sino por una gripa.

A su criterio, cuando un niño tiene la fontanela abierta da un tiempo de gracia para poderse hacer el procedimiento, no quiere decir que todo niño debe dejarse tiempo definido, tener disponibilidad de la válvula, manifestó que *“lo ideal es hacerlo pronto”*, no sabe las causas que llevaron el menor a la muerte, duda si se bronco aspiró, agrega *“lo que si le puedo decir el líquido salió gota a gota no había hipertensión intracraneal, ósea que no fue la causa del fallecimiento”*. Finalmente, agregó que el niño llegó con fiebre y tenían que descartar la infección, ilustra que la toxoplasmosis es una infección y es congénita y hace mucho daño en muchos órganos, de acuerdo a la historia clínica manifiesta que el menor *“hizo un deterioro neurológico y tuvieron que intubarlo, daño neurológico hizo apnea, problemas respiratorios no sé si es causa o consecuencia”*.

En su criterio científico, ante la pregunta de cuál hubiese sido el resultado final de la atención de ese paciente en el evento que no hubiese tenido una broncoaspiración u otra patología, respondió que *“usualmente mejora clínicamente con la salvedad de que tenga una infección o sangrado, **cuando se les pone la válvula vuelven al estado previo a la hidrocefalia.**”*

Ahora bien, este despacho, frente a la complejidad técnica del asunto, siendo necesario esclarecer los hechos que se mostraban confusos, teniendo en cuenta las declaraciones de los representantes de la demandada y los llamados en garantía, haciendo la salvedad de que el representante legal del Hospital Universitario del Valle no justificó su inasistencia a la audiencia inicial; evacuó la sustentación del dictamen pericial, el cual fue rendido en audiencia con contradicción de las partes.

-El Dictamen pericial aportado por el extremo activo con el escrito introductor como prueba documental, el cual fue decretado como prueba técnica debidamente sustentado por la Neuróloga Martha Soledad Ciro Aguirre, corriéndose traslado a las partes en la audiencia inicial sin que en esa etapa procesal manifestaran inconformidad alguna con dicho decreto.

La Doctora Martha Soledad Ciro Aguirre manifestó que su participación en el caso que nos ocupa, data del 17 de diciembre de 2014, requerida por la Universidad del Rosario a solicitud de la Fiscalía 33 Seccional de Cali, emitió dictamen inicial 04 de marzo de 2015 y un segundo dictamen en julio de 2015, en conjunto con el Neurocirujano Mauricio Riveros.

Respecto a sus publicaciones relacionadas con el tema del dictamen manifestó *“Relacionadas con el dictamen no porque yo Doctor no soy neuroinfectologa ni infectóloga que es una de las comorbilidades que exhibía este paciente y sobre la parte quirúrgica tampoco porque ya lo dije no soy neurocirujana sino neuróloga clínica, mis publicaciones recientes están orientadas a otros temas que son de mi qué hacer como subespecialista y en el área del dolor que es otra área en la cual me desempeño”*

Sostiene que tuvieron acceso a la historia clínica, no tuvieron acceso a las imágenes diagnósticas ni a los laboratorios, historia elaborada a mano generando dificultades para su lectura, no contó con una autopsia para mayor claridad, y desconoce lo que pasó en el área penal, indica no tener inhabilidades ni interés con el resultado del proceso.

Sobre el tratamiento del menor JHON SCHNNEIDER NÚÑEZ CASTRO, teniendo en cuenta sus condiciones físicas y de salud que presentaba, con

fundamento en la historia clínica dice que no fue oportuno para la enfermedad que padecía y que lo llevó a consultar y ser hospitalizado en el Hospital Universitario del Valle Evaristo García el 05 de septiembre de 2006, donde si bien le prestaron la asistencia médica, la misma no fue adecuada ni prioritaria.

En la sustentación corroboró lo anotado en su dictamen, reiterando que *el tratamiento no fue oportuno*, que la conclusión o concepto al que llegó con los elementos que tuvo a la mano son iguales toda vez que *“hay casos en los cuales no se hace autopsia si el paciente fallece y las conclusiones se hacen dentro de un proceso de análisis de la clínica que la persona fallecida o que la persona afectada exhibe en un momento dado dentro de una evolución en el tiempo de la sintomatología clínica, que permite que hagamos un proceso del ejercicio diagnóstico con unas conclusiones basados ante todo... en los síntomas clínicos del paciente y si es posible de los estudios de extensión...”*

Afirmó que la causa probable de muerte fue una herniación cerebral, debido a la hipertensión intracraneal que conduce a paro cardio respiratorio irreversible, causa que obedeció a fallas en el servicio médico que contribuyeron al desenlace final del menor, sin descartar como causa asociada una sepsis.

En su concepto, el menor tenía comorbilidades, toxoplasmosis según estudio madre del paciente, meningitis bacteriana, ingresó por cuadro clínico que la lleva a concluir presión dentro del cráneo probablemente por una hidrocefalia, es corroborado por la práctica de tres punciones ventriculares que fue hecha por el servicio de neurocirugía y un TAC, neurocirugía toma la decisión de una derivación externa para aliviar la presión dentro del cráneo, lo cual confirma su impresión clínica y la del Doctor Mauricio Riveros de que todo lo sucedido es el incremento de la presión intracraneal que finalmente condujo a la muerte de la persona.

Ante la intervención de la apoderada judicial del extremo activo, la neuróloga ilustra, en qué consiste la hidrocefalia con hipertensión intracraneal alta, diagnóstico donde *“hay aumento del perímetro del cráneo tanto del niño que tiene la posibilidad de expandirse como el aumento de la presión en adulto porque alguno de los contenidos intra cerebrales aumenta, llámese el tejido cerebral, llámese el compartimento arterial venoso o el líquido cefalorraquídeo, en el caso de la hidrocefalia generalmente se da porque hay un aumento bien sea en la producción la circulación se obstruye o la absorción del líquido no se da y este líquido que normalmente debe tener una circulación con una absorción que da como resultado que se vaya al sistema venoso alivia la presión intracraneal, cuando no se da cuando el líquido no puede circular bien, cuando hay un exceso de producción del mismo o cuando no se absorbe pues se provoca*

un aumento de la presión dentro del cráneo y en caso de los niños que no tiene todavía las suturas intracraneales no fusionadas se aumenta el perímetro de la cabeza y ahí se da la hidrocefalia” condición que pone en riesgo la vida de un paciente porque en el sistema nervioso hay zonas que si son presionadas por el incremento de la presión intracraneal se puede producir un paro cardio respiratorio y la muerte de la persona afectada.

Adujo, que la indicación clínica para manejar la inflamación, teniendo en cuenta que ya se había determinado que tenía hidrocefalia, pero en consulta externa se determinó que no era paciente para cirugía, el menor tenía meningitis y toxoplasmosis, sin embargo, algo pasó y se reactivó la hidrocefalia y se incrementó la presión dentro del cráneo del niño y que finalmente esa hipertensión probablemente condujo al fallecimiento.

Aclara que la importancia de la derivación que debían hacerle al menor era el tratamiento para aliviar la presión, *“en la HC se describe que los médicos que lo vieron evidenciaron que el tamaño del cráneo aumento aun después de la punción ventricular. Sin embargo, a pesar de estas dos punciones esta presión no mejoró, sino por el contrario continuó aumentando lo cual llevó a los neurocirujanos que lo vieron, a determinar que sí requería colocar un sistema definitivo que drenara el líquido cefalorraquídeo del sistema nervioso central hacia al sistema vascular, obviamente era muy importante hacer esta derivación porque si no la presión iba a seguir aumentando y el menor iba a tener una herniación cerebral y fallecer”* agrega que el procedimiento era prioritario, tanto que se antepone a cualquier acto a realizar, porque *“los médicos sabemos que si no se alivia la hipertensión intracraneal si esta continua avanzando el paciente va a fallecer”* indica que en el caso del menor apenas se vio que la punción no alivió la hipertensión debió tomarse la decisión de la derivación, tanto así que al final de las evaluaciones se tomó la decisión, en su concepto, de manera tardía, en la historia clínica no se evidencia justificación médica para la lectura del TAC, no le fue allegado el resultado ni las imágenes, no figuraba el reporte, solo el reporte de neurocirugía que inicialmente se intentó con sedación, aquí resalta que el reporte del tac no era óbice para tomar una decisión quirúrgica pues *“neurocirugía es competente para hacer la lectura y tomar una decisión porque los exámenes de la especialidad deben ser de conocimiento de los especialistas, en el caso nuestro de neurología y neurocirugía los tac, las resonancias, los estudios de neurofisiología debemos ser totalmente hábiles y competentes para analizarlos y poder tomar decisiones aún sin la lectura oficial del servicio que los haya realizado”* es decir, que a su criterio, se podía tomar la decisión quirúrgica no dependía de la lectura oficial del servicio de imágenes diagnósticas.

Respecto a los tiempos para operar, considera que no existe una guía que obligue a los médicos a adherirse a tiempos para tomar una decisión frente a la cirugía, pues los tiempos que obligan a tomar la decisión es la evolución clínica del paciente y en este caso, la evolución clínica fue hacia el deterioro, reprocha que cuando se tomó la decisión de llevarlo a cirugía ya no era pertinente porque ya presentaba muerte cerebral.

Sustenta que las consecuencias de retrasar la cirugía, eran correr el riesgo de que incrementa la presión intracraneal, la lesión en las estructuras del sistema nervioso, conduzca a un paro respiratorio y la muerte como ocurrió en este caso, agregó que la falta de atención oportuna fue un factor determinante de la muerte del menor (min. 00.52:30) *“De acuerdo con la condición clínica, sí, repito nuevamente para claridad de todos, no tuvimos acceso a imágenes diagnósticas que nos pudieran haber dado elementos para permitirnos asociar otras comorbilidades...sí fue un factor determinante el tema del aumento de la presión intracraneal, aunque nosotros no descartamos otras condiciones asociadas y no lo podemos decir taxativamente porque no tuvimos acceso a los estudios de extensión, pero la evolución clínica claramente nos muestra que hubo hipertensión intracraneal y que hubo paro cardio respiratorio primariamente debido a este evento”*

Respecto al papel que juega el equipo de profesionales que lo atendió, aclara que no fue atendido por neurología sino por pediatría y neurocirugía, la coordinación de estos dos grupos de trabajo era vital, los pediatras fueron acuciosos de manera inmediata acudieron al servicio que ellos consideraban necesario para aliviar en la situación clínica.

Acorde con su dictamen pericial, reitera la causa de muerte del menor afirmando que (Min 0:49:51 *“Nosotros nos basamos en este diagnóstico ¿por qué? porque la persona, el niño empezó a presentar un cuadro de compromiso de su estado general y de su conciencia, le es realizada un punción ventricular que lo alivia de manera transitoria, más sin embargo a pesar de la punción el perímetro cefálico, el perímetro de la cabeza se incrementa, lo cual hace que los neurocirujanos tomen la decisión de hacer segunda punción y una y tercera y esto no se hubiera hecho si los neurocirujanos no hubiesen considerado que estaba incrementándose la presión dentro del cráneo del niño, finalmente se toma la decisión y este no es un concepto subjetivo, está planteado en la historia de implantar una derivación externa definitiva para aliviar la presión porque se conocía que si esto no se hacía se podía llegar a una posibilidad de fallecimiento, toman la decisión de implantar el catéter de derivación ventrículo peritoneal pero lamentablemente cuando ya le paciente iba a ser llevado a*

cirugía presenta un paro cardiorespiratorio y fallece, ya no estaba en las condiciones para realizar el procedimiento.

Insiste en que el tratamiento indicado era hacerle la derivación, pues requería de acuerdo a su condición neurológica.

Ante la intervención del apoderado judicial del Doctor Gustavo Vásquez manifestó desconocer la causa administrativa que retrasó la programación de la cirugía.

La defensa de la ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. pregunta si considera que la toxoplasmosis empeoró la hidrocefalia a lo que responde que la toxoplasmosis es la causa de la hidrocefalia junto con la meningitis, si no tenía la patología de base, probablemente no hubiera tenido hidrocefalia, *“tenía una comorbilidad preexistente, tenía toxoplasmosis congénita, que se consideraba estabilizada según notas de consulta externa y meningitis bacteriana”*.

LA PREVISORA S.A. preguntó sobre la incidencia de la falta de soportes en la conclusión final de su dictamen a lo que contestó que tienen una incidencia indirecta no directa, directa porque la evolución clínica nos muestra que hubo un aumento de la presión intracraneal, agrega (Min 0:42:55 *“para que hubiera sido útil ver los exámenes de extensión, para evaluar otras comorbilidades que hubiesen contribuido, pero no hubieran sido la casusa primaria, hubiesen contribuido al deceso del paciente, por ejemplo una sepsis, no es lo mismo una persona que tiene aumento de la presión dentro del cráneo sola por una lesión del sistema nervioso central a alguien que tiene un incremento de la presión en el sistema nervioso central y además tiene una infección muy generalizada u otra comorbilidad que incrementa el riesgo de muerte en esa persona, en este caso para nosotros la evolución clínica fue clara”* sobre la esquizencefalia de labio abierto según el resultado del TAC, explica que son lesiones que comprometen la corteza cerebral del paciente, fruto de su enfermedad adquirida en el vientre materno, son malformaciones que tienen una traducción clínica generalmente de retraso psicomotor en la mayoría de los pacientes.

Sobre la sospecha de meningitis, afirma no ser de su experticia saber si dicho diagnóstico incidía en la realización de la derivación, dar esta respuesta por no ser de su especialidad, es decisión de neurocirugía, puede decir que, si tenía meningitis bacteriana, no vieron ese líquido cefalorraquídeo, la tuvo a los dos meses de edad, no registra como un hecho cierto en la historia de esa hospitalización, según la revisión en conjunto con el neurocirujano; para la cirugía reitera que se requería la válvula de hakin

En este punto, es relevante para el despacho memorar que, en la historia clínica ya repasada, el 11 de septiembre, a folio 251 del cuaderno No. 1 registra anotación “*LCR (tomado 06/09/2006 negativo)*).

Volcando nuevamente la atención en la sustentación del dictamen pericial, la Dra. Martha Soledad Ciro Aguirre continúa ilustrando, que los riesgos del procedimiento de implantación de derivación, con antecedente toxoplasmosis, meningitis bacteriana, contacto con varicela, no es de su experticia sino de neurocirugía; sin embargo aclara que como neuróloga puede concluir que de haberse implantado a tiempo la válvula, tenía posibilidad de sobrevida, a pesar de sus comorbilidades, 0:35:23 “*taxativamente con respecto al incremento de la presión intracraneal aumentada la respuesta es sí*”, con la punción o la válvula, las punciones practicadas en el Hospital Universitario del Valle Evaristo García estuvieron conforme a la *lex artis*, era lo que había que hacer, pero no fue efectivo porque el perímetro del cráneo aumentó y se deterioró neurológicamente.

Respecto a la nota en la historia clínica del 18 de septiembre de 2006, sobre la salida del líquido cefalorraquídeo a goteo y no a presión que a voces del Dr. Gustavo Vásquez Sánchez que indicaba que no había hipertensión; manifiesta que no es fácil de decir en ese momento, puede ser que la aguja esté contra un tejido, o que haya inflamación, 0:35:05 “*eso no es totalmente cierto, es una presunción*”, el paciente necesitó intubación porque debía tener un problema ventilatorio que lo lleva a que requiera un apoyo externo para la ventilación, finaliza la intervención de LA PREVISORA S.A. indicando que según la historia clínica participaron los servicios de pediatría, neurocirugía, imágenes diagnósticas y anestesia.

Sobre la intervención de ALLIANZ SEGUROS S.A. se memora que la historia clínica revisada, data del 05 al 20 de septiembre de 2006, aclara que la derivación quirúrgica atañe a las dos especialidades, neurología y neurocirugía, ella está en capacidad de hacer un diagnóstico de hipertensión y solicitar el servicio de neurocirugía, en neurocirugía si toma la decisión de la quirúrgica.

Concluye que a pesar de que no contó con ayudas diagnósticas, el resultado final sobre la presión intracraneal es la misma, no cambia, responde nuevamente que lo que llevó a la muerte del menor fue la presión intracraneal y que, si se hubiera hecho la derivación, había sobrevivido, únicamente en la situación neurológica de incremento presión intracraneal, la cirugía hubiese sido muy beneficiosa y su pronóstico de sobrevida hubiese mejorado.

Volviendo a la anotación de la salida del líquido cefalorraquídeo a goteo y no a presión, no vio descrito cuál fue la presión intracraneal, no está anotado cual fue la presión a través de un manómetro al momento de la práctica de la punción; por lo tanto, es un supuesto que era baja o no, a cualquier edad incluso intrauterina, la edad no era excusa para no haber intervenido, a la edad del menor era necesario hacerlo rápido.

- El neurocirujano Oscar Escobar en su declaración como testigo, en términos generales confirmó los diagnósticos y plan de manejo que se le dio al menor en el momento del ingreso por urgencias al Hospital, incluso manifestó haber tenido un primer contacto con el menor el 22 mayo de 2006 en consulta externa cuando era residente de neurocirugía, según la historia clínica es un menor con toxoplasmosis congénita, neurológicamente estable, perímetro cefálico en el percentil 50 dentro de los perímetros normales, TAC cerebral con ventriculomegalia, ventrículos aumentados, poco manto cerebral y con calcificaciones difusas y su segunda acercamiento fue en el contexto de la hospitalización donde finalmente el menor falleció.

Confirma los procedimientos e imágenes diagnósticas ordenadas al ingreso de su hospitalización, donde practicó punción por aumento extremo de líquido de urgencia, obteniendo un líquido xantocrómico, explica que es un líquido colorado más o menos rojizo con el que se hizo el diagnóstico de meningitis, la confirmación de la infección la hace infectología, no aparece más intervenciones de su parte en la historia clínica. Aclara que su declaración se da con base en la historia clínica.

Explicó que, en la mayoría de casos de pacientes con toxoplasmosis, no presentan síntomas, excepto cuando tienen su sistema inmune reducido como los pacientes con VIH en la que genera infecciones en diferentes órganos, durante el embarazo una mujer que tiene el toxoplasma, puede llegar al torrente sanguíneo del niño y generar una infección que puede generar secuelas graves como falta de desarrollo adecuado del cerebro.

Preguntado por parte de la apoderada judicial del Hospital Universitario del Valle, por qué era necesario la realización del Tac, respondió (Min. 0:25:49 Audiencia Instrucción y Juzgamiento) *“La tomografía era necesaria para evaluar la anatomía cerebral y determinar la causa del aumento de la presión intracraneal que por el cuadro clínico se sugería”*, a la postre, pregunta qué diagnostico se podía dar sin obtener el TAC, a lo que responde *“no sé, porque si no se obtiene el TAC no hay diagnóstico, pues por lo menos anatómico”* agrega *“para claridad de todos en la historia clínica que es lo que hay, la tomografía se ordena desde el día del ingreso del paciente por el equipo que lo*

*recibe, yo en mi nota no encuentro tomada la tomografía e indico que esa tomografía que ya está solicitada se debe realizar y como el paciente tenía una hipertensión endocránea aguda un aumento de la presión aguda, decido realizar una punción ventricular de emergencia que es una medida salvatoria para disminuir la presión intracránea, lo que sí es cierto como dice el abogado Bermúdez es que yo no revisé la tomografía porque en el momento que realizo la punción ventricular como medida salvatoria, el paciente no la tenía realizada y a partir de la punción ventricular no vuelvo a tener ningún tipo de interacción con el paciente”. Agrega que los dos diagnósticos principales eran toxoplasmosis congénita y un síndrome de hipertensión endocraneal, agrega 0:54:09 Audiencia Instrucción y Juzgamiento “Yo intervine **un paciente con una condición crítica** de aumento de la presión del cráneo en la cual estaba con deterioro neurológico a realizar una intervención de urgencia la cual yo realicé...”*

*Aclaró al Juez que cuando intervino al menor no tenía meningitis 0:52:27 “No, la había tenido, él tuvo una hospitalización previa... en junio de ese año donde tuvo una meningitis bacteriana que se trató y se manejó en el Hospital Universitario del Valle, entonces sus diagnósticos previos incluyen la toxoplasmosis congénita y una meningitis bacteriana que tuvo en el mes de junio, para septiembre cuando yo lo evalué no tenía todavía ese diagnóstico, tenía el diagnóstico el de su toxoplasmosis, podríamos decir que el del antecedente de haber tenido una meningitis **y el más grave que era el aumento de la presión intracraneana**, ya después cuando se interpreta el resultado del líquido cefalorraquídeo que yo obtengo de la punción, después el resto del equipo que sigue manejando el paciente considera que sí tiene una meningitis bacteriana, además del aumento de la presión intracraneana...”*

Respecto a quien era el médico tratante, el testigo respondió que era un médico en formación, y lo acompañaba el médico neurocirujano de turno, no recuerda quien era el neurocirujano asignado el día que hizo en su intervención.

Amplía su respuesta respecto a los nombres de los neurocirujanos de turno, responde 0:40:45 “me es imposible por memoria recordar nombres de personas, lo que yo puedo explicar es que en el HUV durante mi residencia el médico que está en formación siempre tiene dos apoyos, uno el neurocirujano que está de turno del Hospital y dos, el profesor de neurocirugía de la Universidad del Valle que también hace turno docente, imposible para mí por memoria decirle señor Juez pues el nombre de las personas que estaban de turno ese día acompañándome, yo no lo recuerdo”

- De la intervención de la pediatra Yolanda Caicedo, MÉDICO PEDIATRA, INFECTÓLOGA, EPIDEMIÓLOGA, jubilada del Hospital Universitario del Valle, se resalta las siguientes declaraciones.

Manifiesta que, para la época de los hechos, el hospital contaba con dos infectólogos, el Dr. Pio y ella, a quienes los estudiantes de urgencias para comentarles los casos, atienden en promedio de 40 niños y otros pacientes en el área de quemados y ortopedia, confirma los diagnósticos y antecedentes ya mencionados, donde recibió tratamiento con ampicilina ceftriaxona, azitromicina, no tenía vacuna de los dos meses. Afirma que como concepto médico en su momento, según su firma en la historia clínica, es referente a la parte infecciosa relacionada con la toxoplasmosis, tratamiento que recibió hasta que el niño falleció, en cuanto a la meningitis en mayo de 2006 se le suministró penicilina era el manejo adecuado que se le dio por 21 días.

Agrega que en la hospitalización del 05 de septiembre no recuerda haber revisado al menor, que era el Dr. Pio quien era el encargado para ese momento; sin embargo, al revisar la historia clínica manifiesta que el manejo médico fue adecuado.

Finalmente, ente las preguntas del despacho aclara que la firma que registra en la historia clínica es debido a que ella era la infectóloga del Hospital, pero que era el Dr. Pio como docente universitario el que pasaba revista para esa fecha y requería su firma para la formulación y era imposible por la cantidad de pacientes, suscribir las anotaciones manuales en la historia clínica personalmente y al haber transcurrido tantos años, no recuerda si revisó o no directamente al paciente.

A modo de conclusión, puede señalarse que si bien los apoderados de la parte demandada y del hospital llamado en garantía, desplegaron su defensa en la atención prestada en el momento inicial de la hospitalización, las atenciones multidisciplinarias que recibió el menor en su instancia hospitalaria y las comorbilidades que padecía, atención que confirmó el perito, que fue la indicada; no obstante, es claro que aquella no fue completa, pues el tratamiento idóneo era la realización del examen TAC cerebral para un oportuno diagnóstico y el procedimiento quirúrgico de derivación ventrículo peritoneal, en tanto, aquello aliviaría la presión intracraneal, que de no solucionarse, conduciría al deterioro neurológico y la muerte del menor, presión de la que se sospechó desde el 05 de septiembre de 2006 y finalmente se confirmó el diagnóstico de hipertensión no comunicante conforme lo acredita la historia clínica; lo corroboró la perito y los testigos que atendieron al paciente.

Ahora bien, aún la práctica del examen que no fue oportuno, pues quedó probado que éste fue ordenado el 05 de septiembre y solo fue practicado el 7 de septiembre, dos días después sin el reporte de lectura, reporte que llegó a los seis días después de su práctica, es decir el 13 de septiembre y que, de acuerdo al dictamen pericial y su sustentación, no se debía esperar hasta recibir dicho reporte para tomar una decisión definitiva. Finalmente con el resultado del TAC se confirmó el diagnóstico de hidrocefalia no comunicante y se ordenó como medida definitiva para aliviar la presión intracraneal, la derivación ventrículo peritoneal, para la cual se requería el insumo denominado válvula de hakim, anestesiólogo y disponibilidad de quirófano, procedimiento quirúrgico que como se dijo, se ordenó desde el 13 de septiembre, cuando el menor presentaba aumento en el perímetro cefálico y aún estaba en condiciones generales aceptables; fue programado para cirugía el 15 de septiembre, fecha en la que no se llevó a cabo el procedimiento de derivación, sin que la demandada lograra demostrar la razón por la cual no fue posible operarlo en esa oportunidad ni la justificación de la postergación de la vital intervención quirúrgica.

Es claro para esta célula judicial de acuerdo a la historia clínica y el dictamen pericial que, una vez el estado neurológico del menor empieza a deteriorarse, es intubado por fallas respiratorias y le declaran muerte cerebral; el 18 de septiembre de 2006 es finalmente realizado el procedimiento de derivación ventrículo peritoneal y dos días después fallece por un paro cardiorrespiratorio que, de acuerdo a lo sustentado por la perito obedeció a una herniación cerebral por la evidente presión endocraneal que presentó el menor desde el día de su ingreso y por la que le practicaron al menos tres punciones ventriculares como medidas salvatorias mientras era llevado al quirófano, procedimientos que no tuvieron resultado exitoso en el menor.

El manejo integral no garantizaba la vida del paciente, constituía la praxis médica, practicar el TAC cerebral y la derivación ventrículo peritoneal, así lo establece, la historia clínica, el demandado médico especialista en el área – testigos - y corroboró la perito, luego, toda la prueba técnica vertida en el expediente confirma que al menor JHON ALEXANDER NÚÑEZ CASTRO no le fue otorgado a tiempo el tratamiento médico que requería para el manejo de su patología hidrocefalia no comunicante, el cuál era el diagnóstico principal por el que consultó y decidieron dejarlo hospitalizado, subrayando que la ciencia médica no es de resultado, sino de medio, esto es, que independiente del cuadro que presentaba el paciente, SÍ debía realizarse el examen y el tratamiento advertido por el especialista en el área desde el 13 de septiembre de 2006, diagnóstico guiado, no solo por el cuadro de síntomas que aquejaban al paciente, sino por TAC cerebral que ya mostraba la existencia de la hipertensión

endocraneana y con su reporte, fue confirmado el diagnóstico de hidrocefalia no comunicante, reiterado múltiples veces en la historia clínica.

De esta manera, probado como efectivamente se encuentra que la tardanza en la realización de la cirugía que requería el paciente de manera prioritaria, incidió de manera determinante en el lamentable resultado final de progresión de la enfermedad y muerte del paciente, no hay lugar a considerar que la sólo existencia de las enfermedades de base que éste padecía ni tampoco el resultado de los exámenes de laboratorio del líquido céfalo raquídeo que como se anotó en la historia clínica resultó negativo, pueden obrar como eximentes capaces de librar de responsabilidad a la entidad demandada por la deficiente prestación del servicio de salud a través del Hospital Universitario del Valle Evaristo García, pues con independencia de si el fallecimiento de menor JHON ALEXANDER NÚÑEZ CASTRO se iba a producir o no como consecuencia de una posible sepsis que valga decir, no hay anotación alguna de ese diagnóstico en la historia clínica, la toxoplasmosis o la meningitis para lo cual estaba recibiendo tratamiento con resultados positivos; la entidad demandada estaba obligada en todo caso a desplegar las conductas tanto médicas como administrativas tendientes a conjurarla, o en su defecto, retrasar su evolución.

Si se trataba de complejas enfermedades de base, cuyo conocimiento ha sido confesado por la entidad llamada en garantía a lo largo de todo el transcurrir procesal, no puede aceptarse que aquella y la demandada pretendan utilizar su existencia como justificante del incumplimiento de su deber legal y contractual, pues como se vio, en el presente asunto el daño concretado en la progresión de la enfermedad del paciente y su muerte se verificó como consecuencia de la tardanza del tratamiento y no así, de que el mismo sea simplemente por las comorbilidades que afectaban al paciente dándole un carácter como de intratable cuando tanto la perito como el galeno demandado afirmaron que usualmente los pacientes a los que se les practica un sistema de derivación vuelven al estado previo a la hidrocefalia, razón que impone la declaratoria de responsabilidad en cabeza de la ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. por los servicios de salud prestados a través de la IPS contratada HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E. al acreditarse todos y cada uno de los elementos de la responsabilidad civil necesarios para tal fin.

Conforme con lo anterior, es claro para el despacho que la prestación del servicio de salud por el Hospital Universitario Evaristo García E.S.E. bajo el aseguramiento de EMSSANAR E.S.S. fue deficiente, irregular, inoportuno, lesivo de la calidad exigible, compromete la responsabilidad civil de la Entidades Prestadoras de Salud la ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA

SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. 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, de ahí que no son necesarias mayores disquisiciones para concluir que en el presente asunto es la ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. la llamada a responder por los perjuicios derivados del fallecimiento de su afiliado JHON SCHNEIDER NÚÑEZ CASTRO, máxime cuando su lamentable deceso se debió a dificultades en la prestación del servicio de salud que impidieron la practica oportuna del TAC cerebral, su demora en la lectura, la toma de decisiones por parte del servicio de neurocirugía y la tardanza que no logró justificar la demandada para trasladarlo a cuidados intensivos y realizar el procedimiento quirúrgico y ante la falta de cupo, no se avizora ni por asomo la gestión del traslado a otra institución.

Respecto al demandado GUSTAVO VÁSQUEZ SÁNCHEZ, de conformidad con lo narrado por la parte actora en la demanda, con las contestaciones allegadas en la oportunidad, la historia clínica, el dictamen pericial, los interrogatorios y los testimonios recibidos, la responsabilidad civil declarada, obedece a una responsabilidad organizacional de la Entidad Promotora de Salud, la Institución Prestadora de Salud llamada en garantía y sus agentes; más no por el acto médico desplegado por el demandado GUSTAVO VÁSQUEZ SÁNCHEZ ni por los galenos tratantes, en tanto como se destaca, el menor fue atendido en lo que atañe a la hidrocefalia no comunicante por servicio de neurocirugía donde actuaban varios galenos de esa especialidad y no era un paciente exclusivamente a cargo del Doctor VÁSQUEZ SÁNCHEZ, atención donde confluían otras especialidades que se catalogaron por la perito como diligentes y coordinadas que atendían las demás patologías que padecía el menor.

Por lo anterior, estima el despacho que la sola vinculación del galeno con las circunstancias fácticas que dieron lugar, no es suficiente para determinar su responsabilidad en relación con la muerte del menor JHON SCHNEIDER NÚÑEZ CASTRO.

La ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. propuso como excepción, la cláusula de indemnidad pactada en el contrato de prestación de servicios con el Hospital Universitario del Valle Evaristo García, que en principio exonera a la entidad de responsabilidad por los daños causados por el hospital a terceras personas durante la ejecución del contrato, el despacho considera que este acuerdo solo es válido entre las partes y no puede ser aplicado a terceros; por lo tanto, no se

puede imponer a las víctimas y demandantes los efectos de un contrato del cual no formaron parte y del cual no hay evidencia de que tuvieran conocimiento o aceptación. En consecuencia, la ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. quien contrató la prestación de servicios de salud, es responsable por los daños causados a los demandantes debido al fallecimiento del menor JHON SCHNEIDER NÚÑEZ CASTRO. Esto no afecta las estipulaciones contractuales acordadas entre las entidades demandadas.

Lo anterior descarta las excepciones propuestas, comoquiera que se logró acreditar que fue la demora tanto en la práctica de las imágenes diagnosticas como en la del procedimiento quirúrgico definitivo, lo que influyó directamente en el fallecimiento del paciente, como ya se ha explicado con suficiencia.

5. DEL RESARCIMIENTO DE PERJUICIOS.

5. 1. PERJUICIOS DE ORDEN MATERIAL.

A juicio de este Despacho la única prueba idónea respecto al **daño emergente**, es el tasado en \$275.000.00, por uso temporal de bóveda para niños expedida por el Camposanto Metropolitano de la Arquidiócesis de Cali, de fecha 21 de septiembre de 2006, obra a foliatura No. 405 del cuaderno No. 1, suma sobre la cual deberá pagarse a Jhon Alexander Núñez Velasco, debidamente indexada al momento de la sentencia, pues la suma pretendida por \$779.141.00 por servicios de salud, expedida por el Hospital Universitario del Valle del 09 de mayo de 2006, fue expedida a nombre de la ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. como responsable.

5.2. PERJUICIOS DE CARÁCTER EXTRAPATRIMONIAL.

5.2. 1. PERJUICIO MORAL.

La determinación de la compensación por este tipo de perjuicios está a discreción del juez, de acuerdo con las reglas de la experiencia³, como ha sido sostenido por la jurisprudencia. En casos como este, se reconoce el dolor causado por la pérdida de un hijo, ya que la muerte es la forma más evidente de daño moral, generando tristeza y aflicción en las personas cercanas. Es relevante mencionar que la jurisprudencia ha establecido que cuando los damnificados tienen un parentesco directo con la víctima, como hijos, padres, cónyuges o hermanos, la mera prueba del parentesco presume el afecto. Esta es una presunción que puede ser refutada con pruebas en contrario. El dolor, la aflicción

³ (G.J. C.C. No. 2439, pág.86).

y la angustia experimentados deben ser compensados, aunque no con el propósito de reemplazar la pérdida del ser querido, sino para mitigarla o aliviarla.⁴

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha referido que consultando la función de monofilaquia, hermenéutica y unificadora del ordenamiento que caracteriza a la jurisprudencia, la Sala periódicamente ha señalado al efecto unas sumas orientadoras del juzgador, no a título de imposición sino de referentes (cas.civ. sentencia de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, pp. 79 ss; (...)) En diferente oportunidad (Corte Suprema de Justicia, auto de 17 de marzo de 2017, AC 1699, rad. 20017-00520 M. P. Luis Armando Tolosa Villabona), con carácter sentencioso previó:

“Es más. El monto del perjuicio en cuestión recientemente lo aumentó la Corporación a \$60’000.000 frente a situaciones [en casos de muerte de un 22 familiar cercano] como las referidas por el Tribunal en el pasaje arriba transcrito, cual lo determinó esta Sala en las sentencias SC-13925 de 30 de septiembre 2016, Radicación #05001-31-03-003-2005-00174-01, y SC-15996 de 29 de noviembre de 2016, Radicación #11001-31-03-018-2005-00488-01.”

En ese orden de ideas, se reconocerá a favor de JHON ALEXANDER NUÑEZ VELASCO y LEYDY VIVIANA CASTRO como padres, la suma de sesenta millones de pesos para cada uno, para LIZETH DANIELLA NUÑEZ VELASCO y DANIEL FELIPE LERMA CASTRO la suma de treinta millones de pesos para cada uno, para un total de ciento ochenta millones de pesos. Toda vez que conforme se dejó explicado, se acreditó la condición de padre, madre, hermano y tía, obran registros civiles, indicativos del grado de familiaridad respecto de aquellos con el menor fallecido JHON SCHNNEIDER NUÑEZ CASTRO.

Respecto a los hermanos del menor JHON SCHNNEIDER NUÑEZ CASTRO hermanos KAROL VIVIANA NUÑEZ CASTRO y JHON ALEX NUÑEZ CASTRO, al revisar sus registros civiles, este despacho encuentra aún no habían nacido y, por lo tanto, no presenciaron los hechos ni tampoco experimentaron el dolor de perder un ser querido por no haber tenido un vínculo afectivo por razones obvias.

Aclarado lo anterior, debemos traer a colación el artículo 90 del Código Civil que describe lo siguiente: *“ARTICULO 90. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura*

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de diciembre de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco

que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.”

Por lo anterior, no hay lugar al reconocimiento de indemnización por perjuicios morales a favor de KAROL VIVIANA NUÑEZ CASTRO y JHON ALEX NUÑEZ CASTRO.

5.2.2. DAÑO EN VIDA DE RELACIÓN.

La H. Corte Suprema de Justicia, al abordar este tipo de perjuicio, después de establecer las características del daño a la vida de relación, se refirió al tema de la siguiente manera: “*Una vez sentadas estas bases, para la Sala es claro que, como otrora lo insinuó la jurisprudencia de esta Corporación, a la luz de las normas constitucionales y legales que directa o indirectamente gobiernan la responsabilidad civil, el daño a la vida de relación es de completo recibo por parte del ordenamiento jurídico nacional y, por lo mismo, se torna merecedor de la protección que han de dispensar los jueces de la República, en aquellos casos en que, encontrándose debida y cabalmente acreditado, sea menester adoptar las medidas idóneas para su reconocimiento*⁵”.

La acreditación del daño a la vida de relación para los familiares de la víctima exige demostrar cuál entorno de los actores se vio afectado; en qué se concreta el perjuicio; cuáles son las actividades que se desarrollaban y que a raíz del lamentable fallecimiento del menor JHON SCHNEIDER NUÑEZ CASTRO no pudieron volverse a realizar; cuáles fueron los gustos de los actores que no pudieron volver a hacer o compartir; qué distracción; qué recreación se truncó; cuál fue la rutina que se vio truncada; cuáles las actividades que desarrolladas con cierta periodicidad, ya no se hacen, pues si no existe prueba de ello no puede haber reconocimiento alguno.⁶

En el presente caso, el despacho encuentra que la parte actora no logró demostrar todas estas circunstancias, razón por la cual no se accederá a reconocimiento alguno por perjuicios extrapatrimoniales en la modalidad de daño a la vida de relación.

6. DE LA OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO.

Teniendo en cuenta que si bien se postuló por la parte demandada la objeción al juramento estimatorio, aquél implicaría una condena respecto a la parte demandante, a juicio de este Despacho no es aplicable, toda vez que se concedió

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Mg. Pon. Dr. César Valencia Copete. Sentencia de 13 de mayo de 2008.

⁶ sentencia del 26 de agosto de 2015. M. P. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes. Rad. 008-2010-00169-01 (7929).

a título de beneficio el amparo de pobreza a la parte demandante, luego conforme el artículo 154 del C. G. P., no resulta viable condenar por este ítem a la parte actora.

7. DE LOS LLAMAMIENTOS EN GARANTÍA.

7. 1. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA llamado por la ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S.

El Hospital Universitario del Valle, llamado en garantía por la ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. en virtud del contrato de prestación de servicios No. 229-060 del 01 de abril de 2006, 229-061 del 01 de abril de 2006 de acuerdo a su vigencia, objeto del contrato y parágrafo primero de la cláusula décimo primera denominada *“responsabilidad médico legal derivada de la prestación de servicios médico asistenciales... El contratista desarrollará la prestación de los servicios de salud con plena autonomía técnico –científica y administrativa y en igual sentido la relación médico-paciente –hospital por lo que cualquier responsabilidad surgida de dicha relación será exclusiva del CONTRATISTA que presta los servicios; por lo tanto, EMSSANAR E.S.S. no se hará responsable de los perjuicios que puedan derivarse de la atención médico-médico quirúrgica –prestada por el Contratista. En el evento de que EMSSANAR E.S.S. fuere condenada a responder o demandada en proceso judicial o extrajudicial por perjuicios causados a un afiliado remitido y atendido por el CONTRATISTA EMSSANAR E.S.S. podrá ejercer la acción de repetición o la de llamamiento en garantía en contra del Contratista respectivamente”* se ordenará el pago de las sumas a las cuales fue condenada la demandada.

7. 2. LA PREVISORA S. A. llamada por HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA.

Teniendo en cuenta que obra póliza No. 1004370 con una vigencia del 01 de noviembre de 2008 hasta el 01 de enero de 2009, que respalda la actuación médica del HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E., conforme lo expuesto en la contestación de al llamamiento en Garantía por La Previsora S. A., el seguro pactado se efectuó en la modalidad claims made, esto es, debe atenderse la fecha de reclamación, que no la ocurrencia del evento, con lo cual al revisar dicho contrato de seguro efectivamente la cobertura pactada fue desde 01 de noviembre de 2008 hasta el 01 de enero de 2009, y la reclamación se presentó el 11 de octubre de 2017, es decir por fuera de la cobertura de la póliza, en razón a ello está llamada a

prosperar la excepción propuesta por la aseguradora denominada “*Falta de cobertura DE LAS PÓLIZA APORTADA nro. 1004370 seguro de responsabilidad civil vigencia comprendida entre el 1/11/2008 A 1/1/2009 por cuanto el siniestro ocurrió el día 20 de septiembre de 2006 y la reclamación se presentó con la notificación de la presente demanda al Hospital Universitario del valle Evaristo García el día 11 de octubre de 2017*”

7. 3. ALLIANZ SEGUROS S.A. llamada por HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E

La Póliza No. 022087367/0 se adquirió con vigencia del contrato de seguros del 30 de abril de 2017 al 31 de octubre de 2017 bajo la modalidad claims made, en la que se pactaron dos condiciones para que exista cobertura respecto a alguna reclamación surgida; que la reclamación este dentro de la vigencia y, que **los hechos ocurran dentro del periodo de retroactividad, esto es a partir del 28 de abril de 2016**, en este caso si bien la reclamación surgida se presentó durante el término de la vigencia, esto es el 11 de octubre de 2017, los hechos ocurrieron el 20 de octubre de 2006.

Para finalizar y como quiera que por disposición normativa del Código General del Proceso es un deber del Juez calificar la conducta procesal de las partes a fin de establecer si hay lugar a deducir indicios de ella, encuentra este operador judicial que en el presente asunto las partes actuaron con lealtad, probidad y dentro de los términos procesales, sin que se pueda deducir algún indicio en su contra, excepto para el Hospital Universitario del Valle Evaristo García E.S.E, pues su representante legal no asistió a la audiencia inicial para evacuar el interrogatorio, conducta que hace presumir por ciertos los hechos susceptibles de confesión que para este caso son los relativos a la demora injustificada para practicar el procedimiento quirúrgico al menor JHON SCHNEIDER NÚÑEZ CASTRO, justificación que como se explicó, no se encuentra en la contestación de la demanda ni en los medios probatorios aportados, que permitan explicar el motivo de tardanza o el eximente de responsabilidad. Misma conducta acaeció con DANIEL FELIPE LERMA CASTRO, demandante y hermano del menor JHON ALEXANDER NÚÑEZ CASTRO, quien para la fecha de la audiencia de instrucción y juzgamiento ya contaba con su mayoría de edad; no obstante, al no prosperar las excepciones propuestas por la pasiva, su inasistencia no tiene la potencialidad de dar por ciertos los hechos en que las mismas se sustentaron.

También con los argumentos vertidos en esta decisión se dejan contestados las alegaciones finales presentadas por cada uno de los apoderados de las partes en donde cada uno se ratificó en los argumentos en la demanda como los demandados en su contestaciones y excepciones propuestas.

Conforme el artículo 365 del C. G. P., se condenará en costas a la parte demandada a favor de la parte actora. Así mismo se condenará a la llamada en garantía a favor de su llamante, EMSSANAR EPS

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte Demandada ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. y la llamada en garantía HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E, en consecuencia.

SEGUNDO: DECLARAR civilmente responsables a ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. conforme lo anotado.

TERCERO: RECONOCER parcialmente las pretensiones de tipo patrimonial, conforme lo explicado en la parte motiva, de la siguiente manera:

- **Daño emergente**, por la suma de \$275.000.00, sobre la cual deberá pagarse a JHON ALEXANDER NÚÑEZ VELASCO, debidamente indexada al momento de la ejecutoria de la presente providencia.

CUARTO: RECONOCER parcialmente las pretensiones de tipo extrapatrimonial, de la siguiente manera:

Por **daño moral**, reconocer a favor de JHON ALEXANDER NUÑEZ VELASCO y LEYDY VIVIANA CASTRO como padres, la suma de sesenta millones de pesos (\$60.000.000.00) para cada uno, para DANIEL FELIPE LERMA CASTRO menor de edad y representado por su señora madre y LIZETH DANIELLA NUÑEZ VELASCO la suma de treinta millones de pesos (\$30.000.000.00) para cada uno, para un total de ciento ochenta millones de pesos (\$180.000.000.00)

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada en favor de la demandante. Fijando las agencias en derecho en la suma de \$10.200.000.00 MCTE.

SEXTO: CONDENAR a HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E., en su condición de llamada en garantía, a reembolsarle a ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. la suma que sufrague por el presente asunto a favor de los demandantes de acuerdo al contrato de prestación de servicios de salud, en virtud de la presente decisión.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a la llamada en garantía HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E en favor de la demandada ASOCIACIÓN MUTUAL EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD EMSSANAR E. S. S. conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión, Se fijan como agencias en derecho la suma de \$5.850.000.00 mcte.

OCTAVO: CONDENAR en costas al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E en favor de la llamada en garantía la PREVISORA S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión, Se fijan como agencias en derecho la suma de \$5.850.000.00 mcte.

NOVENO: CONDENAR en costas al HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE EVARISTO GARCÍA E.S.E en favor de la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión, Se fijan como agencias en derecho la suma de \$5.850.000.00 mcte.

DÉCIMO: Concluida la presente actuación, archívese el expediente.

NOTIFIQUESE

LEONARDO LENIS

JUEZ

05