



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y SEIS CIVIL DEL CIRCUITO
REPÚBLICA DE COLOMBIA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil veinte (2020).

Ref.: Rad. 110013103036-2009-00622-00

Obedézcase y cúmplase lo resuelto por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, que mediante sentencia calendada 2 de septiembre de 2020, modificó la providencia apelada.

Por secretaría, proceda de conformidad liquidando las costas procesales.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

La Juez,

MARÍA CLAUDIA MORENO CARRILLO

DDG

**JUZGADO TREINTA Y SEIS CIVIL DEL CIRCUITO
DE BOGOTÁ D.C.**

La providencia anterior se notifica por anotación en estado No. 058 hoy 27 de octubre de 2020, a las 8:00 A.M.

LUIS ALIRIO SAMUDIO GARCÍA
Secretario

6

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

39 2009 00622 01

Revisadas las presentes diligencias, en el *sub judice*, surge la necesidad de prorrogar por seis (6) meses el término para desatar la apelación formulada, en armonía con el artículo 121, inciso 5, del Código General del Proceso, en cuyo tenor dispone que "[e]xcepcionalmente el juez o magistrado podrá prorrogar por una sola vez el término para resolver la instancia respectiva, hasta por seis (6) meses más, con explicación de la necesidad de hacerlo, mediante auto que no admite recurso." (subrayado extratexto).

De acuerdo con lo anterior, se dispone:

PRORROGAR el lapso para fallar, en esta instancia, el presente asunto, por un período de seis (6) meses, contado a partir del 29 de julio de 2020, teniendo en cuenta que en el interregno del 16 de marzo al 22 de junio de 2020, los términos judiciales estuvieron suspendidos para esta clase de asuntos. La presente determinación no admite recurso alguno, en virtud de lo normado en el canon adjetivo previamente transliterado.

NOTIFÍQUESE,

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

7

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

11001-31-03-039-2009-00622-01

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

A efectos de continuar con el trámite que corresponde a esta instancia, y en obediencia a las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo No 806 del 4 de junio del año que avanza, el Despacho dispone:

1. Imprimirle al presente proceso la ritualidad consagrada en el artículo 14 de la citada normativa, con miras a resolver los recursos de alzada instaurados por las partes frente a la sentencia de primer grado.

2. De conformidad con lo establecido en el inciso 2º del reseñado canon 14 del Decreto 806 de 2020, y comoquiera que en el *sub lite* el término para peticionar pruebas en segunda instancia ha fenecido, se corre traslado a los apelantes para sustentar los reparos que de manera concreta formularon contra el fallo de primer orden (artículos 320 y 322, numeral 3º, inciso 2º, del C. G. del P.), dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente proveído.

Transcurrido dicho lapso, de las sustentaciones presentadas se correrá traslado a las partes contrarias por el término de cinco (5) días, a fin de que, si a bien lo tienen, se pronuncien frente a las manifestaciones elevadas por los impugnantes.

Por Secretaría, contrólense los mencionados términos, para que vencidos, se ingrese el expediente al Despacho, con el propósito de emitir la decisión que en derecho corresponda.

Las partes deberán allegar, preferentemente, el escrito sustentatorio y su réplica a la dirección de correo electrónico **secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

NOTIFÍQUESE,

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.- SALA CIVIL

M.P. JUAN PABLO SUAREZ OROZCO

E.

S.

D.

REFERENCIA: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA
DE PRIMERA INSTANCIA
PROCESO: 110013103039200900622-01
DEMANDANTE: MARTHA CECILIA TORRES MENDOZA Y OTROS
DEMANDADO: EPS FAMISANAR S.A.S. Y OTROS

LINA MARCELA MORENO ORJUELA, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá, identificada con Cédula de Ciudadanía número 53.125.424 de Bogotá, portadora de la Tarjeta Profesional de Abogado número 183.875 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderada de la demandada **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S.**, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 14 del Decreto 806 de 2020 y en el auto de fecha 30 de julio notificado en el estado electrónico del 31 de julio de 2020, me permito sustentar los reparos formulados contra el fallo de primera instancia proferido el 3 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Seis Civil del Circuito de Bogotá, para que el Superior revoque totalmente la decisión adoptada por considerar que el mismo incurre en

- INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA DEL DICTAMEN DE MEDICINA LEGAL Y EL DICTAMEN PERICIAL

En las consideraciones de la sentencia se concluye que se presentaron fallas en la atención médica dispensada que incidieron en la pérdida del feto, dicho en palabras del juzgado *"Por ende, el trabajo del "experto", la confesión del representante legal de la IPS, y la revisión de la historia clínica, guardan la misma línea en torno a las fallas del servicio médico, que incidieron en la pérdida del feto. Porque de haber sido oportunos, existiría la posibilidad de descartar que fue el triple cordón al cuello, la causa que generó el fallecimiento"*

Al respecto, en sentir de mi representada se apreció equivocadamente el dictamen de Medicina Legal en el cual se señala que la causa del fallecimiento del bebé de la gestante Martha Cecilia Torres obedeció a *"triple circular al cuello"*, la cual puede generarse en cualquier momento como se explicó ampliamente en el debate probatorio, no siendo otra la causa del fallecimiento; sin embargo, atribuye que las fallas del servicio médico incidieron en el deceso sin que el dictamen pericial fuera concluyente en tal sentido, pues si bien el Juzgado concreta el caso en una falla del servicio médico a partir de las calificaciones realizadas en el dictamen pericial en el cual se señala que la atención médica no fue adecuada, deja de un lado y no tiene en cuenta que el mismo no permite relacionar que el fallecimiento ocurrió únicamente, exclusivamente y como consecuencia directa de la atención médica dispensada por la Clínica Especializada de los Andes, configurando el nexo causal sin estarlo y dando por acreditados los elementos de la responsabilidad.

- NO SE ACREDITA CULPA PROBADA EN CABEZA DE EPS FAMISANAR

En cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 100 de 1993 artículos 177, 178 y 179, mi representada no presta servicios de salud, no interfiere en el acto médico toda vez que el mismo se desarrolla entre el paciente y el personal médico asistencial de la institución prestadora de servicios de salud, por lo tanto, EPS Famisanar, no es civilmente responsable de los daños y perjuicios solicitados por la demandante toda vez que no se encuentra acreditado el nexo de causalidad entre el servicio administrativo prestado por mi representada y el daño alegado en atención a que EPS Famisanar nada tuvo que ver frente a la atención médica - asistencial dispensada a la señora Martha Cecilia Torres proceso en el que no interviene de manera alguna mi representada pues la función que tiene como

entidad aseguradora es la de garantizar la cobertura y acceso de las prestaciones médico asistenciales del Plan Obligatorio de Salud vigente para el momento de los hechos a través de una red prestadora de servicios autorizando oportunamente los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes.

En el dictamen pericial es claro en afirmar que se no hubo oportunidad diagnóstica y acceso a tratamiento las cuales son directamente relacionadas con el acto médico y no tuvieron relación alguna con la gestión administrativa a cargo de EPS Famisanar, quien como garante del acceso a los servicios de salud garantizó que la usuaria fuera remitida de acuerdo a la prescripción de los médicos tratantes y generó las autorizaciones correspondientes como quiera que EPS Famisanar como cualquier otra Entidad Promotora de Salud no entra a contradecir o discutir la autonomía médica y garantiza el acceso a los servicios que los galenos de acuerdo a su conocimientos indican el plan de manejo y tratamiento.

Así entonces, la relación causal entre la conducta administrativa de mi representada, y el presunto resultado dañoso padecido por la parte demandante, no permiten definir con evidencia alguna el nexo causal para fundamentar la responsabilidad alegada y menos que resulte como causa determinante o eficiente en manos de FAMISANAR E.P.S., por tanto, no hay culpa atribuible a EPS Famisanar.

- CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES PARA QUE SE RESUELVAN LAS PRETENSIONES FORMULADAS EN EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA PROPUESTO POR EPS FAMISANAR A LA IPS CLÍNICA ESPECIALIZADA LOS ANDES HOY FACONI S.A Y PROSPERIDAD DE LAS MISMAS

Señala la sentencia frente al llamamiento formulado por mí representada que *"las citadas por esta vía son codemandadas, luego la relación sustancial se subsume por la solidaridad que se predica de las entidades prestadoras de servicios de salud, es decir, siendo EPS Famisanar y Clínica Especializada los Andes parte, no existe distingo en la responsabilidad que se les imputa"*

Sobre el particular, sea lo primero manifestar que no es objeto de reparo la calidad con la que comparece EPS Famisanar y la Clínica Especializada de los Andes, pues es claro que ostentan la calidad de codemandadas. Lo segundo, es que en el presente asunto existe un doble posicionamiento procesal de EPS Famisanar y Clínica Especializada de los Andes en donde además de ser codemandadas, la primera funge como entidad llamante y la segunda como llamada en garantía.

Hechas las anteriores precisiones, mi representada no comparte las consideraciones del Juzgado al señalar que la relación sustancial se subsume por la solidaridad que se predica entre EPS e IPS, toda vez que dentro del término para contestar la demanda y bajo la misma cuerda atendiendo el principio de economía procesal EPS Famisanar formuló el llamamiento a la Clínica Especializada de los Andes, siendo entonces relaciones jurídicamente perfectamente diferenciables de la que se tiene respecto de la parte demandante.

Para desarrollar la presente inconformidad me permito manifestar que en virtud de las funciones a cargo que tiene EPS Famisanar como entidad aseguradora, puso a disposición de la señora Martha Cecilia Torres una red de servicios para la atención de los servicios de salud que demandó durante su afiliación, para el caso que nos ocupa los controles prenatales se suministraron a través de la IPS Crear Más Vida y en cuanto a la atención del parto se garantizó el acceso de los servicios en la IPS Clínica Especializada Los Andes hoy Faconi S.A., conforme al contrato de prestación de servicios bajo la modalidad de capitación con fecha de suscripción 1 de febrero de 2007, el cual se encontraba vigente para la época de los hechos periodo octubre de 2008 tal y como lo declaró el representante legal de EPS Famisanar Dr. Fernando Baró Meza, en el interrogatorio de parte surtido en audiencia del 20 de junio de 2012 aspecto frente al cual no hizo reparo alguno la parte demandada Clínica Especializada de los Andes.

10

Teniendo en cuenta el vínculo contractual referido, EPS Famisanar formuló dentro del término de la contestación de la demanda el llamamiento en garantía atendiendo los postulados de la normatividad legal vigente en su momento, esto es, el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil derogado por el literal c del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, hoy vigente en el artículo 64 del Código General del Proceso.

"ARTÍCULO 57. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA: Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores".

"ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación".

Al respecto, el llamamiento fue admitido por el Juzgado mediante auto de fecha 6 de marzo de 2012 y notificado en el estado 8 de marzo 2012 tal y como se observa a folio 20 y 21 del cuaderno del llamamiento en mención, frente a lo cual la llamada en garantía Clínica Especializada Los Andes hoy Faconi S.A., guardó silencio frente a los hechos y pretensiones formulados en el llamamiento, razón por la cual resulta procedente la aplicación de las consecuencias previstas en el artículo 97 del C.G.P., anteriormente, artículo 95 del C.P.C.

Ahora bien, resulta necesario traer a colación la cláusula decima quinta del contrato de prestaciones de servicios mediante la cual se convino con la IPS Clínica Especializada Los Andes hoy Faconi S.A., la responsabilidad derivada por la ejecución de sus obligaciones así:

"CLAUSULA DECIMA QUINTA. RESPONSABILIDAD. En razón a que la IPS es quien presta los servicios de salud a solicitud y por voluntad de los pacientes y/o usuarios afiliados y/o remitidos por **FAMISANAR** o por orden de autoridad competente, con plena autonomía científica, técnica y administrativa, dentro de sus propias normas, reglamentos y procedimientos, este responderá jurídica y económicamente, y sin solidaridad de FAMISANAR, por:

15.1 Todos los perjuicios y daños que por acción u omisión directa o indirecta, sea que hubiese sido a través de cualquiera de sus funcionarios, contratistas, trabajadores cooperados o temporales, y que en cumplimiento del presente contrato puedan ocasionarse a los pacientes y/o usuarios afiliados y/o remitidos por **FAMISANAR** o por orden de autoridad competente.

15.2 Si como resultado de una intervención o procedimiento practicado, durante el periodo quirúrgico, postquirúrgico de recuperación u hospitalario, se presentare una complicación como consecuencia de irregularidades, deficiencias, falta de suma diligencia o cuidado en la prestación de servicios, la IPS será responsable de solucionar las mismas, teniendo que asumir su costo económico desde que las generó al igual que el costo del tratamiento para superarla.

15.3 Se presumirá que las complicaciones anteriormente mencionadas se generaron por culpa de la IPS cuando en la atención de los pacientes y/o usuarios afiliado y/o remitidos por **FAMISANAR** o por orden de autoridad competente involucró alguna o varias de las actividades descritas en el **artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994** del Ministerio de Salud, a menos que haya sido en cumplimiento de una orden emitida por una autoridad pública o por solicitud de FAMISANAR. Se presumirá de la misma manera cuando los pacientes y/o usuarios afiliado y/o remitidos por FAMISANAR o por orden de autoridad competente hubiesen sido atendidos por cualquier internista y/o residente y/o practicante sin la presencia del respectivo especialista o jefe de área o funcionario, contratista, trabajador cooperado competente para tal efecto.

15.4 En el evento que FAMISANAR sea demandado o requerido judicial o extrajudicialmente, en asuntos de cualquier naturaleza, en razón o en causa a cualquiera de las actividades desarrolladas por la IPS como consecuencia de la ejecución del objeto del presente contrato, la IPS asumirá la defensa de FAMISANAR y defenderá los intereses del mismo. En

consecuencia, se entenderán incluidos dentro de los costos que asumirá la IPS todos los gastos de los abogados, peritajes técnicos, pruebas, costas de proceso y trámites, etc., en que incurra FAMISANAR en esta clase de eventos.

15.5 En el evento en que FAMISANAR llegue a ser condenado a indemnizar perjuicios de cualquier naturaleza frente a sus propios pacientes y/o usuarios afiliados y/o remitidos por FAMISANAR o por orden de autoridad competente por razón de la atención de la IPS en virtud de la ejecución del presente contrato, FAMISANAR podrá cobrar judicialmente y/o extrajudicialmente a la IPS sin necesidad de previo procedimiento procesal o judicial alguno"

De acuerdo al contrato de prestación de servicios suscrito el 1 de febrero de 2007 entre EPS Famisanar y la Clínica Especializada Los Andes hoy Faconi S.A., surge entonces el derecho contractual exigido en el precepto normativo para invocar el llamamiento en garantía y consecuencia de ello la obligación contractual de resarcimiento de perjuicios llegare a sufrir, o este caso, el reembolso total o parcial del pago que tenga que efectuar mi representada como resultado de la condena impuesta.

Ahora bien, respecto a la figura del llamamiento en garantía la jurisprudencia ha manifestado que el llamamiento en garantía es uno de los casos de comparecencia forzosa de terceros, que se presenta cuando entre la parte y el tercero existe una relación legal o contractual de garantía que obliga a indemnizarle al citante el perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que genera el llamamiento.

"Al punto bien vale recordar que la Corte en providencia ya reseñada acudió a ejemplos de llamamiento en virtud de ley o convenio, dentro de los cuales descuella la solidaridad contractual y extracontractual. Dijo entonces:

*Ejemplos de derecho legal son múltiples. Estos, entre otros: el deudor solidario que es demandado para pagar el monto de un perjuicio (Arts. 1579 y 2344 C. C.); el codeudor solidario demandado por obligación que no es posible cumplir por culpa de otro codeudor (Art. 1583-3 ibídem); el codeudor de obligación indivisible que paga la deuda (Art. 1587 ibídem); el comprador que sufre evicción que al vendedor debe sanear (Art. 1893 ibídem); Y de derecho contractual, se tiene el caso clásico de la condena en perjuicios al demandado, por responsabilidad civil contractual o aquiliana, que tiene amparados con póliza de seguro" (GJ CLII, primera parte N°. 2393, pág. SC del 14 oct. 1976)."*¹

Por otra parte, ha indicado que:

"La relación material del llamamiento involucra únicamente al llamante y a la llamada. No se expande a ningún otro sujeto procesal ni siquiera a la parte actora, al punto que solo será objeto de estudio en el evento de prosperidad de las súplicas, de modo que si éstas se desestimaren el análisis resulta inocuo o innecesario, por regla general.

(...)

Resulta necesario señalar en cuanto tiene que ver con el presente asunto, que aun cuando puede coadyuvar en la defensa a la parte que lo llama porque en el evento de que prosperen las pretensiones del actor por causa de la relación de garantía sustancial puede ser condenado, pues se encuentra en relación de dependencia frente a las pretensiones principales; también puede, en el ámbito de su derecho de defensa, debatir la existencia, eficacia, extinción o vigencia de la relación sustancial que justifica su llamamiento para la pretensión del reembolso que le formula el llamante, por derecho o interés propio, y por tanto, ostenta las facultades que el ordenamiento le ofrece para oponerse a la pretensión de garantía que se la ha formulado, so pena, de responder de acuerdo a su condición sustancial de garante.

Para ser más claros, participa en un doble frente, pero en relación con el vínculo sustancial o contractual de afianzamiento entre el llamante y llamado, ostenta derechos, cargas y obligaciones, de tal forma que puede proponer excepciones y solicitar pruebas, por causa de la pretensión formulada en su contra.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 1304-2018 del veintisiete (27) de abril de dos mil dieciocho (2018). M.P. MARGARITA CABELLO BLANCO

2

Acerca del instituto en cuestión y de su carácter in eventum la Sala tuvo oportunidad de expresar que su naturaleza es «(...) eventual, porque se subordina al resultado de la pretensión principal (...). De modo que sólo en el evento de resultar adversa la sentencia a la pretensión del demandante frente al demandado, se abre la posibilidad de examinar la pretensión revérsica e in eventum (...). Lo anterior, no empece el llamante aducir la existencia del perjuicio como causa de la pretensión directa, porque éste sólo cobra certeza en la esfera judicial para dar margen a la fundabilidad de la pretensión de regreso, formulada contra el llamado, como consecuencia de la sentencia adversa a la pretensión originalmente propuesta (Se subraya; cas. civ. de 24 de octubre de 2000 Exp. 5387)».

(...) Necesitase, dice la Corte, "que el llamante sea condenado como consecuencia de la demanda que se dirigió contra él; y que el llamado esté obligado por ley a resarcirlo de este mismo riesgo, o que, previamente haya contratado tal resarcimiento" (Sent. de 28 de septiembre de 1977). Desde luego que la técnica de la decisión no puede ser distinta, porque necesariamente el llamamiento en garantía, que implica la proposición de una novedosa pretensión del llamante frente al llamado, conduce a la aparición de un proceso acumulativo, justificado, como ya se dijo, en la economía procesal, que es la que a la postre determina la anticipación de la pretensión de regreso»².

Conforme a lo anterior, el llamamiento en garantía tiene como fin de que en el evento que prosperen las pretensiones invocadas por la parte demandante, se condene a la llamada en garantía al pago de la condena de acuerdo con las previsiones del artículo 57 del C.P.C hoy artículo 64 del C.G.P. y subsiguientes.

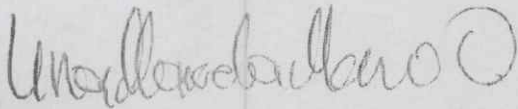
Así pues, al proferirse una condena en cabeza de mí representada resulta procedente el estudio de la relación existente entre EPS Famisanar como llamante y la Clínica Especializada de los Andes como llamada en garantía, estudio que permitirá determinar la procedencia de las pretensiones formuladas como quiera que la IPS en mención se encuentra obligada contractualmente a resarcir a EPS Famisanar o a reembolsar el pago de la condena que eventualmente se confirme, obligación que previamente fue pactada en el contrato de prestación de servicios de salud mencionado anteriormente.

PETICIONES

Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, se revoque en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá el 3 de septiembre de 2019 y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas anteriormente.

En caso de que se confirme la condena impuesta por el Despacho, se resuelva de fondo la pretensión elevada en el llamamiento en garantía formulado por EPS Famisanar accediendo a la misma y condenando a la llamada en garantía Clínica Especializada Los Andes hoy Faconi S.A., al pago de las condenas que se impongan en cabeza de EPS Famisanar o al reembolso del dinero que tenga que pagar mi representada conformidad con lo preceptuado en el artículo 57 del C.P.C., hoy artículo 64 del C.G.P.

Del Señor Magistrado,



LINA MARCELA MORENO ORJUELA
Apoderada EPS Famisanar S.A.S.
Imorenoo@famisanar.com.co

²Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 5835-2016 del seis (6) de mayo de dos mil dieciséis (2016). M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.- SALA CIVIL

M.P. JUAN PABLO SUAREZ OROZCO

E.

S.

D.

REFERENCIA: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA
DE PRIMERA INSTANCIA
PROCESO: 110013103039200900622-01
DEMANDANTE: MARTHA CECILIA TORRES MENDOZA Y OTROS
DEMANDADO: EPS FAMISANAR S.A.S. Y OTROS

LINA MARCELA MORENO ORJUELA, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Bogotá, identificada con Cédula de Ciudadanía número 53.125.424 de Bogotá, portadora de la Tarjeta Profesional de Abogado número 183.875 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderada de la demandada **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S.**, de conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 14 del Decreto 806 de 2020 y en el auto de fecha 30 de julio notificado en el estado electrónico del 31 de julio de 2020, me permito sustentar los reparos formulados contra el fallo de primera instancia proferido el 3 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Seis Civil del Circuito de Bogotá, para que el Superior revoque totalmente la decisión adoptada por considerar que el mismo incurre en

- INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA DEL DICTAMEN DE MEDICINA LEGAL Y EL DICTAMEN PERICIAL

En las consideraciones de la sentencia se concluye que se presentaron fallas en la atención médica dispensada que incidieron en la pérdida del feto, dicho en palabras del juzgado *"Por ende, el trabajo del "experto", la confesión del representante legal de la IPS, y la revisión de la historia clínica, guardan la misma línea en torno a las fallas del servicio médico, que incidieron en la pérdida del feto. Porque de haber sido oportunos, existiría la posibilidad de descartar que fue el triple cordón al cuello, la causa que generó el fallecimiento"*

Al respecto, en sentir de mi representada se apreció equivocadamente el dictamen de Medicina Legal en el cual se señala que la causa del fallecimiento del bebé de la gestante Martha Cecilia Torres obedeció a *"triple circular al cuello"*, la cual puede generarse en cualquier momento como se explicó ampliamente en el debate probatorio, no siendo otra la causa del fallecimiento; sin embargo, atribuye que las fallas del servicio médico incidieron en el deceso sin que el dictamen pericial fuera concluyente en tal sentido, pues si bien el Juzgado concreta el caso en una falla del servicio médico a partir de las calificaciones realizadas en el dictamen pericial en el cual se señala que la atención médica no fue adecuada, deja de un lado y no tiene en cuenta que el mismo no permite relacionar que el fallecimiento ocurrió únicamente, exclusivamente y como consecuencia directa de la atención médica dispensada por la Clínica Especializada de los Andes, configurando el nexo causal sin estarlo y dando por acreditados los elementos de la responsabilidad.

- NO SE ACREDITA CULPA PROBADA EN CABEZA DE EPS FAMISANAR

En cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 100 de 1993 artículos 177, 178 y 179, mi representada no presta servicios de salud, no interfiere en el acto médico toda vez que el mismo se desarrolla entre el paciente y el personal médico asistencial de la institución prestadora de servicios de salud, por lo tanto, EPS Famisanar, no es civilmente responsable de los daños y perjuicios solicitados por la demandante toda vez que no se encuentra acreditado el nexo de causalidad entre el servicio administrativo prestado por mi representada y el daño alegado en atención a que EPS Famisanar nada tuvo que ver frente a la atención médica - asistencial dispensada a la señora Martha Cecilia Torres proceso en el que no interviene de manera alguna mi representada pues la función que tiene como

entidad aseguradora es la de garantizar la cobertura y acceso de las prestaciones médico asistenciales del Plan Obligatorio de Salud vigente para el momento de los hechos a través de una red prestadora de servicios autorizando oportunamente los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes.

En el dictamen pericial es claro en afirmar que se no hubo oportunidad diagnóstica y acceso a tratamiento las cuales son directamente relacionadas con el acto médico y no tuvieron relación alguna con la gestión administrativa a cargo de EPS Famisanar, quien como garante del acceso a los servicios de salud garantizó que la usuaria fuera remitida de acuerdo a la prescripción de los médicos tratantes y generó las autorizaciones correspondientes como quiera que EPS Famisanar como cualquier otra Entidad Promotora de Salud no entra a contradecir o discutir la autonomía médica y garantiza el acceso a los servicios que los galenos de acuerdo a su conocimientos indican el plan de manejo y tratamiento.

Así entonces, la relación causal entre la conducta administrativa de mi representada, y el presunto resultado dañoso padecido por la parte demandante, no permiten definir con evidencia alguna el nexo causal para fundamentar la responsabilidad alegada y menos que resulte como causa determinante o eficiente en manos de FAMISANAR E.P.S., por tanto, no hay culpa atribuible a EPS Famisanar.

- CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES PARA QUE SE RESUELVAN LAS PRETENSIONES FORMULADAS EN EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA PROPUESTO POR EPS FAMISANAR A LA IPS CLÍNICA ESPECIALIZADA LOS ANDES HOY FACONI S.A Y PROSPERIDAD DE LAS MISMAS

Señala la sentencia frente al llamamiento formulado por mí representada que *"las citadas por esta vía son codemandadas, luego la relación sustancial se subsume por la solidaridad que se predica de las entidades prestadoras de servicios de salud, es decir, siendo EPS Famisanar y Clínica Especializada los Andes parte, no existe distingo en la responsabilidad que se les imputa"*

Sobre el particular, sea lo primero manifestar que no es objeto de reparo la calidad con la que comparece EPS Famisanar y la Clínica Especializada de los Andes, pues es claro que ostentan la calidad de codemandadas. Lo segundo, es que en el presente asunto existe un doble posicionamiento procesal de EPS Famisanar y Clínica Especializada de los Andes en donde además de ser codemandadas, la primera funge como entidad llamante y la segunda como llamada en garantía.

Hechas las anteriores precisiones, mi representada no comparte las consideraciones del Juzgado al señalar que la relación sustancial se subsume por la solidaridad que se predica entre EPS e IPS, toda vez que dentro del término para contestar la demanda y bajo la misma cuerda atendiendo el principio de economía procesal EPS Famisanar formuló el llamamiento a la Clínica Especializada de los Andes, siendo entonces relaciones jurídicamente perfectamente diferenciables de la que se tiene respecto de la parte demandante.

Para desarrollar la presente inconformidad me permito manifestar que en virtud de las funciones a cargo que tiene EPS Famisanar como entidad aseguradora, puso a disposición de la señora Martha Cecilia Torres una red de servicios para la atención de los servicios de salud que demandó durante su afiliación, para el caso que nos ocupa los controles prenatales se suministraron a través de la IPS Crear Más Vida y en cuanto a la atención del parto se garantizó el acceso de los servicios en la IPS Clínica Especializada Los Andes hoy Faconi S.A., conforme al contrato de prestación de servicios bajo la modalidad de capitación con fecha de suscripción 1 de febrero de 2007, el cual se encontraba vigente para la época de los hechos periodo octubre de 2008 tal y como lo declaró el representante legal de EPS Famisanar Dr. Fernando Baró Meza, en el interrogatorio de parte surtido en audiencia del 20 de junio de 2012 aspecto frente al cual no hizo reparo alguno la parte demandada Clínica Especializada de los Andes.

4

Teniendo en cuenta el vínculo contractual referido, EPS Famisanar formuló dentro del término de la contestación de la demanda el llamamiento en garantía atendiendo los postulados de la normatividad legal vigente en su momento, esto es, el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil derogado por el literal c del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, hoy vigente en el artículo 64 del Código General del Proceso.

"ARTÍCULO 57. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA: Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores".

"ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación".

Al respecto, el llamamiento fue admitido por el Juzgado mediante auto de fecha 6 de marzo de 2012 y notificado en el estado 8 de marzo 2012 tal y como se observa a folio 20 y 21 del cuaderno del llamamiento en mención, frente a lo cual la llamada en garantía Clínica Especializada Los Andes hoy Faconi S.A., guardó silencio frente a los hechos y pretensiones formulados en el llamamiento, razón por la cual resulta procedente la aplicación de las consecuencias previstas en el artículo 97 del C.G.P., anteriormente, artículo 95 del C.P.C.

Ahora bien, resulta necesario traer a colación la cláusula decima quinta del contrato de prestaciones de servicios mediante la cual se convino con la IPS Clínica Especializada Los Andes hoy Faconi S.A., la responsabilidad derivada por la ejecución de sus obligaciones así:

"CLAUSULA DECIMA QUINTA. RESPONSABILIDAD. En razón a que la IPS es quien presta los servicios de salud a solicitud y por voluntad de los pacientes y/o usuarios afiliados y/o remitidos por **FAMISANAR** o por orden de autoridad competente, con plena autonomía científica, técnica y administrativa, dentro de sus propias normas, reglamentos y procedimientos, este responderá jurídica y económicamente, y sin solidaridad de FAMISANAR, por:

15.1 Todos los perjuicios y daños que por acción u omisión directa o indirecta, sea que hubiese sido a través de cualquiera de sus funcionarios, contratistas, trabajadores cooperados o temporales, y que en cumplimiento del presente contrato puedan ocasionarse a los pacientes y/o usuarios afiliados y/o remitidos por **FAMISANAR** o por orden de autoridad competente.

15.2 Si como resultado de una intervención o procedimiento practicado, durante el periodo quirúrgico, postquirúrgico de recuperación u hospitalario, se presentare una complicación como consecuencia de irregularidades, deficiencias, falta de suma diligencia o cuidado en la prestación de servicios, la IPS será responsable de solucionar las mismas, teniendo que asumir su costo económico desde que las generó al igual que el costo del tratamiento para superarla.

15.3 Se presumirá que las complicaciones anteriormente mencionadas se generaron por culpa de la IPS cuando en la atención de los pacientes y/o usuarios afiliado y/o remitidos por **FAMISANAR** o por orden de autoridad competente involucró alguna o varias de las actividades descritas en el **artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994** del Ministerio de Salud, a menos que haya sido en cumplimiento de una orden emitida por una autoridad pública o por solicitud de **FAMISANAR**. Se presumirá de la misma manera cuando los pacientes y/o usuarios afiliado y/o remitidos por **FAMISANAR** o por orden de autoridad competente hubiesen sido atendidos por cualquier internista y/o residente y/o practicante sin la presencia del respectivo especialista o jefe de área o funcionario, contratista, trabajador cooperado competente para tal efecto.

15.4 En el evento que **FAMISANAR** sea demandado o requerido judicial o extrajudicialmente, en asuntos de cualquier naturaleza, en razón o en causa a cualquiera de las actividades desarrolladas por la IPS como consecuencia de la ejecución del objeto del presente contrato, la IPS asumirá la defensa de **FAMISANAR** y defenderá los intereses del mismo. En

consecuencia, se entenderán incluidos dentro de los costos que asumirá la IPS todos los gastos de los abogados, peritajes técnicos, pruebas, costas de proceso y trámites, etc., en que incurra FAMISANAR en esta clase de eventos.

15.5 En el evento en que FAMISANAR llegue a ser condenado a indemnizar perjuicios de cualquier naturaleza frente a sus propios pacientes y/o usuarios afiliados y/o remitidos por FAMISANAR o por orden de autoridad competente por razón de la atención de la IPS en virtud de la ejecución del presente contrato, FAMISANAR podrá cobrar judicialmente y/o extrajudicialmente a la IPS sin necesidad de previo procedimiento procesal o judicial alguno"

De acuerdo al contrato de prestación de servicios suscrito el 1 de febrero de 2007 entre EPS Famisanar y la Clínica Especializada Los Andes hoy Faconi S.A., surge entonces el derecho contractual exigido en el precepto normativo para invocar el llamamiento en garantía y consecuencia de ello la obligación contractual de resarcimiento de perjuicios llegare a sufrir, o este caso, el reembolso total o parcial del pago que tenga que efectuar mi representada como resultado de la condena impuesta.

Ahora bien, respecto a la figura del llamamiento en garantía la jurisprudencia ha manifestado que el llamamiento en garantía es uno de los casos de comparecencia forzosa de terceros, que se presenta cuando entre la parte y el tercero existe una relación legal o contractual de garantía que obliga a indemnizarle al citante el perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que genera el llamamiento.

"Al punto bien vale recordar que la Corte en providencia ya reseñada acudió a ejemplos de llamamiento en virtud de ley o convenio, dentro de los cuales descuella la solidaridad contractual y extracontractual. Dijo entonces:

*Ejemplos de derecho legal son múltiples. Estos, entre otros: el deudor solidario que es demandado para pagar el monto de un perjuicio (Arts. 1579 y 2344 C. C.); el codeudor solidario demandado por obligación que no es posible cumplir por culpa de otro codeudor (Art. 1583-3 ibidem: el codeudor de obligación indivisible que paga la deuda (Art. 1587 ibídem); el comprador que sufre evicción que al vendedor debe sanear (Art. 1893 ibídem); Y de derecho contractual, se tiene el caso clásico de la condena en perjuicios al demandado, por responsabilidad civil contractual o aquiliana, que tiene amparados con póliza de seguro" (GJ CLII, primera parte N°. 2393, pág. SC del 14 oct. 1976)."*¹

Por otra parte, ha indicado que:

"La relación material del llamamiento involucra únicamente al llamante y a la llamada. No se expande a ningún otro sujeto procesal ni siquiera a la parte actora, al punto que solo será objeto de estudio en el evento de prosperidad de las súplicas, de modo que si éstas se desestimaren el análisis resulta inocuo o innecesario, por regla general.

(...)

Resulta necesario señalar en cuanto tiene que ver con el presente asunto, que aun cuando puede coadyuvar en la defensa a la parte que lo llama porque en el evento de que prosperen las pretensiones del actor por causa de la relación de garantía sustancial puede ser condenado, pues se encuentra en relación de dependencia frente a las pretensiones principales; también puede, en el ámbito de su derecho de defensa, debatir la existencia, eficacia, extinción o vigencia de la relación sustancial que justifica su llamamiento para la pretensión del reembolso que le formula el llamante, por derecho o interés propio, y por tanto, ostenta las facultades que el ordenamiento le ofrece para oponerse a la pretensión de garantía que se la ha formulado, so pena, de responder de acuerdo a su condición sustancial de garante.

Para ser más claros, participa en un doble frente, pero en relación con el vínculo sustancial o contractual de afianzamiento entre el llamante y llamado, ostenta derechos, cargas y obligaciones, de tal forma que puede proponer excepciones y solicitar pruebas, por causa de la pretensión formulada en su contra.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 1304-2018 del veintisiete (27) de abril de dos mil dieciocho (2018). M.P. MARGARITA CABELLO BLANCO

16

Acerca del instituto en cuestión y de su carácter in eventum la Sala tuvo oportunidad de expresar que su naturaleza es «(...) eventual, porque se subordina al resultado de la pretensión principal (...). De modo que sólo en el evento de resultar adversa la sentencia a la pretensión del demandante frente al demandado, se abre la posibilidad de examinar la pretensión revérsica e in eventum (...). Lo anterior, no empece el llamante aducir la existencia del perjuicio como causa de la pretensión directa, porque éste sólo cobra certeza en la esfera judicial para dar margen a la fundabilidad de la pretensión de regreso, formulada contra el llamado, como consecuencia de la sentencia adversa a la pretensión originalmente propuesta (Se subraya; cas. civ. de 24 de octubre de 2000 Exp. 5387)».

(...) Necesítase, dice la Corte, “que el llamante sea condenado como consecuencia de la demanda que se dirigió contra él; y que el llamado esté obligado por ley a resarcirlo de este mismo riesgo, o que, previamente haya contratado tal resarcimiento” (Sent. de 28 de septiembre de 1977). Desde luego que la técnica de la decisión no puede ser distinta, porque necesariamente el llamamiento en garantía, que implica la proposición de una novedosa pretensión del llamante frente al llamado, conduce a la aparición de un proceso acumulativo, justificado, como ya se dijo, en la economía procesal, que es la que a la postre determina la anticipación de la pretensión de regreso»².

Conforme a lo anterior, el llamamiento en garantía tiene como fin de que en el evento que prosperen las pretensiones invocadas por la parte demandante, se condene a la llamada en garantía al pago de la condena de acuerdo con las previsiones del artículo 57 del C.P.C hoy artículo 64 del C.G.P. y subsiguientes.

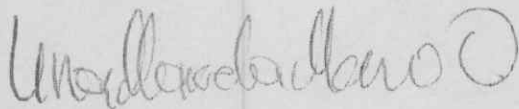
Así pues, al proferirse una condena en cabeza de mí representada resulta procedente el estudio de la relación existente entre EPS Famisanar como llamante y la Clínica Especializada de los Andes como llamada en garantía, estudio que permitirá determinar la procedencia de las pretensiones formuladas como quiera que la IPS en mención se encuentra obligada contractualmente a resarcir a EPS Famisanar o a reembolsar el pago de la condena que eventualmente se confirme, obligación que previamente fue pactada en el contrato de prestación de servicios de salud mencionado anteriormente.

PETICIONES

Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, se revoque en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá el 3 de septiembre de 2019 y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas anteriormente.

En caso de que se confirme la condena impuesta por el Despacho, se resuelva de fondo la pretensión elevada en el llamamiento en garantía formulado por EPS Famisanar accediendo a la misma y condenando a la llamada en garantía Clínica Especializada Los Andes hoy Faconi S.A., al pago de las condenas que se impongan en cabeza de EPS Famisanar o al reembolso del dinero que tenga que pagar mi representada conformidad con lo preceptuado en el artículo 57 del C.P.C., hoy artículo 64 del C.G.P.

Del Señor Magistrado,



LINA MARCELA MORENO ORJUELA
Apoderada EPS Famisanar S.A.S.
lmorenoo@famisanar.com.co

²Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 5885-2016 del seis (6) de mayo de dos mil dieciséis (2016). M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Honorable:
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
Magistrado: Doctor JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO.
E. S. D.

REFERENCIA	Proceso con radicado No. 110013103039 20090062201
	Proveniente del Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá D.C.
	Demandante: MARTHA CECILIA TORRES MENDOZA Y OTROS
	Demandados: ISMAEL RICARDO HERNANDEZ Y OTROS

ASUNTO:	1. PRONUNCIAMIENTO FRENTE AL ÚNICO RECURSO DE APELACIÓN SUSTENTADO Y DEL CUAL SE HUBIERE CORRIDO TRASLADO POR EL HONORABLE TRIBUNAL 2. SOLICITUD DE DECLARATORIA DE DESIERTOS DE LOS DEMÁS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS EN EL PROCESO, CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA 3. SOLICITUD DE MANIFESTACIÓN DE EJECUTORIA Y TERMINACIÓN DEL PROCESO FRENTE AL DOCTOR ISMAEL RICARDO HERNÁNDEZ DE CASTRO
----------------	---

MIGUEL ALFONSO YÁÑEZ QUINTERO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.010.194.400, portador de la tarjeta profesional de abogado No. 250.450 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, con oficina en la carrera 19 No. 114 – 65, Oficina 502 de Bogotá D.C., dirección de correo electrónico asjulace01@gmail.com, celular 3212682241, obrando en mi condición de apoderado judicial del doctor **ISMAEL RICARDO HERNÁNDEZ DE CASTRO**, vinculado en la parte pasiva dentro del proceso de la referencia; de la manera más atenta y respetuosa por medio del presente escrito me permito realizar las siguientes manifestaciones y solicitudes a su Honorable Despacho:

(I) PRECISIONES Y CUESTIONES A TENER EN CUENTA

1. En el proceso de la referencia, el día tres (3) de septiembre del año dos mil diecinueve (2019), se emitió sentencia de primera instancia por el Honorable Juzgado Treinta y Seis (36) Civil del Circuito de Bogotá D.C., tal y como se puede advertir a partir del folio 1994 del expediente.
2. Conforme las consideraciones realizadas por el Juzgado de Primera Instancia, se determinó en dicha sentencia que mi representado doctor **ISMAEL RICARDO HERNÁNDEZ DE CASTRO** no tenía responsabilidad alguna en la causa demandada, y por ello declaró probada la excepción de mérito denominada inexistencia de relación médico – paciente entre la demandante paciente **MARTHA TORRES** y el médico demandado **ISMAEL RICARDO HERNÁNDEZ**.
3. Por otro lado, en la misma sentencia, y con ocasión al análisis efectuado del caso, el Juzgado de Primera Instancia resolvió declarar solidaria y civilmente responsables frente a la causa demandada, a la Clínica Especializada de los Andes, a la EPS **FAMISANAR** y a la médica **Alba Rocío Muñoz González**, por error médico y fallas en el servicio.
4. Así las cosas, frente a dicha sentencia, se interpusieron únicamente tres (3) recursos de apelación, esto es, uno por la parte demandante, otro por la EPS **FAMISANAR** y el último por la médica **Alba Rocío Muñoz González**.

5. Respecto de dichos recursos, el Juzgado de Primera Instancia y el Honorable Tribunal, resolvieron imprimirles el trámite pertinente, conforme la normativa procesal aplicable:

*En primer lugar, se concedieron los recursos por el Juzgado de Primera Instancia, mediante auto visto a folio 2039 del expediente;

*Posteriormente el Tribunal Superior de Bogotá D.C. – Sala Civil, a través de su Honorable Despacho, decidió admitir los tres (3) recursos interpuestos, mediante auto de fecha trece (13) de noviembre del año dos mil diecinueve (2019);

*Luego de ello, el día treinta (30) de julio del año dos mil veinte (2020), su Honorable Despacho, acorde con lo dispuesto tanto por el Código General del Proceso, como por el Decreto Legislativo 806 del año 2020, resolvió en auto: (i)imprimirle al proceso la ritualidad consagrada en el artículo 14 del decreto mencionado, y (ii)correrle traslado a los apelantes para que sustentaran los reparos que formularon contra la sentencia de primer orden; frente a lo cual posteriormente, una vez sustentados los recursos, se correría traslado a las partes contrarias, para su pronunciamiento.

***Finalmente, el pasado once (11) de agosto del año dos mil veinte (2020), juiciosamente, la secretaría de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C., corrió traslado mediante fijación en lista, del único recurso de apelación que fue juiciosa, debida y oportunamente sustentado en el proceso que aquí nos ocupa, es decir el que la abogada LINA MARCELA MORENO ORJUELA hiciere en representación de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S.**

6. Así las cosas, es evidente que el único recurso de apelación del cual debe proseguirse el trámite respectivo para ser resuelto por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá D.C. – Sala Civil, es el presentado por la abogada MORENO ORJUELA en representación de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S., dado que los abogados CARLOS EDUARDO BERMÚDEZ MUÑOZ, y FRANCELIAS SUÁREZ SÁNCHEZ, decidieron no sustentar oportunamente los recursos de apelación que en su momento hubieren interpuesto.

7. En atención a lo anterior, conforme la normativa procesal aplicable, y los recientes pronunciamientos jurisprudenciales, es claro que los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de primer orden, realizados por los abogados BERMÚDEZ MUÑOZ, y SUÁREZ SÁNCHEZ, en representación de la parte demandante y de la médica ALBA ROCÍO MUÑOZ GONZÁLEZ, **deben declararse desiertos**, pues no fueron debidamente sustentados en la oportunidad procesal respectiva, a pesar que su Honorable Despacho brindó, informó, comunicó y notificó sobre el término que se contaba para ello.

8. Lo referido en el numeral previo, se destaca y fundamenta, teniendo en cuenta lo claramente establecido y dilucidado por:

***Los incisos segundo y cuarto del numeral 3 del artículo 322 del Código General del Proceso, que refieren lo siguiente, “Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior. (...) Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera**

17

instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado."

*El artículo 327 del Código General del Proceso, que indica lo siguiente, "Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los siguientes casos: 1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. 2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió. 3. Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos. 4. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria. 5. Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior. Ejecutoriada el auto que admite la apelación, el juez convocará a la audiencia de sustentación y fallo. Si decreta pruebas, estas se practicarán en la misma audiencia, y a continuación se oirán las alegaciones de las partes y se dictará sentencia de conformidad con la regla general prevista en este código. El apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia."

*El artículo 14 del Decreto Legislativo 806 del año 2020, que revela lo siguiente, "Artículo 14. Apelación de sentencias en materia civil y familia. El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así: Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalado en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes. Ejecutoriada el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. **Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto.** Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicarán, se escucharán alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso."

NEGRILLAS, AUMENTO DE LETRA Y SUBRAYADO FUERA DE TEXTO

*Sentencia de unificación SU-418/19 de la Honorable Corte Constitucional, del 11 de Septiembre de 2019, cuyo magistrado ponente fue el doctor LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, que por analogía al caso que aquí nos ocupa debe tenerse en cuenta, pues en la misma se determinó, conforme el comunicado número 35 de 2019 de dicha corporación, que "para garantizar el derecho a la igualdad y la respuesta uniforme del ordenamiento jurídico, el juez de tutela debía decantarse por la interpretación que directa, sistemática y acorde con su configuración legal, surge de las disposiciones aplicables, por lo que a partir de un recuento del régimen de apelación de sentencias contenido en los artículos 322 y 327 del Código General del Proceso, estableció que **el recurso de apelación debe sustentarse ante el superior** en la audiencia de sustentación y fallo, y **la consecuencia de no hacerlo así, es la declaratoria de desierto del recurso.**"

NEGRILLAS, AUMENTO DE LETRA Y SUBRAYADO FUERA DE TEXTO

9. Los referidos apelantes, que no sustentaron sus recursos ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá D.C. – Sala Civil, no cumplieron con lo que claramente establece la normativa y jurisprudencia vigente, pues **NO SUSTENTARON SUS RECURSOS ANTE EL SUPERIOR EN LA OPORTUNIDAD RESPECTIVA, POR LO QUE ES CLARA, INMINENTE Y OBLIGATORIA LA DECLARATORIA DE DESIERTOS DE DICHOS RECURSOS.**
10. Por otro lado, en lo relativo al pronunciamiento que se pudiera hacer frente al oportuno y sustentado recurso de apelación gestionado por la apoderada LINA MARCELA MORENO ORJUELA en representación de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S., debe destacarse que esta defensa no tiene manifestación alguna, dado que el medio de impugnación, en los reparos y sustentos esgrimidos, no reporta ni una sola temática que tenga relación con mi representado doctor ISMAEL RICARDO HERNÁNDEZ DE CASTRO; por lo anterior, por economía y celeridad procesal, esta defensa decide no realizar pronunciamiento alguno, pues es evidente que si el recurso de apelación prospera o no, ningún efecto tendrá sobre mi mandante doctor HERNÁNDEZ DE CASTRO.
11. De acuerdo con todo lo anotado y precisado, es evidente que la sentencia de primera instancia emitida en el proceso que aquí nos ocupa, por lo menos en lo que tiene que ver con mi representado doctor ISMAEL RICARDO HERNÁNDEZ DE CASTRO se encuentra en firme, pues el único recurso que se debe tramitar y resolver actualmente es el oportunamente propuesto y sustentado por la abogada LINA MARCELA MORENO ORJUELA en representación de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S., el cual no reprocha el resuelve segundo de la sentencia, que palabras más, palabras menos, declaró la ausencia de responsabilidad de mi representado en la causa demandada, veámoslo:

SEGUNDO: DECLARAR prospero el medio exceptivo de "inexistencia de relación médico – paciente entre la demandante paciente MARTHA TORRES y el medido demandado ISMAEL RICARDO HERNANDEZ inimputabilidad de mi defendido" planteado por el galeno Ismael Ricardo Hernández

12. Así las cosas, teniendo en cuenta la seguridad jurídica que mi representado desea tener frente al asunto, y dado el deber de información que tengo para con mi mandante doctor HERNÁNDEZ DE CASTRO, esta defensa considera oportuno y pertinente que su Honorable Despacho determine sobre la ejecutoria y firmeza de la sentencia de primer grado frente a mi representado, y paso seguido, ordene la terminación del proceso frente al doctor ISMAEL RICARDO HERNÁNDEZ DE CASTRO.

(II) SOLICITUDES

En atención a todo lo manifestado en el acápite anterior, solicito al Tribunal Superior de Bogotá D.C. – Sala Civil, a través de su Honorable Despacho lo siguiente:

1. Tenga en cuenta que el único recurso de apelación sustentado y del cual se hubiere corrido traslado fue el propuesto por la abogada LINA MARCELA MORENO ORJUELA en representación de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S.
2. En virtud de lo anterior, tenga en cuenta que, por falta de necesidad, economía y celeridad procesal, esta defensa no tiene manifestación de

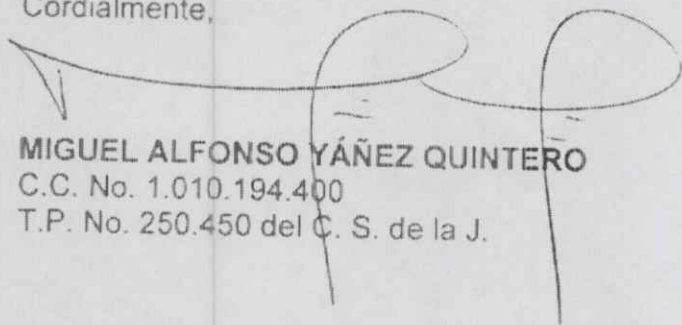
19

réplica alguna frente a dicho recurso dado que ninguna de sus temáticas tiene que ver con mi representado doctor ISMAEL RICARDO HERNÁNDEZ DE CASTRO.

3. Se declaren desiertos los recursos de apelación interpuestos por los abogados CARLOS EDUARDO BERMÚDEZ MUÑOZ, y FRANCELIAS SUÁREZ SÁNCHEZ, en representación de la parte demandante y de la médica ALBA ROCÍO MUÑOZ GONZÁLEZ, pues no fueron debidamente sustentados en la oportunidad procesal respectiva, a pesar que su Honorable Despacho brindó, informó, comunicó y notificó sobre el término que se contaba para ello de acuerdo a la normativa aplicable.
4. Como consecuencia de lo anterior, se determine por su Honorable Despacho, que la sentencia de primera instancia, emitida en el proceso de la referencia, frente a mi representado doctor ISMAEL RICARDO HERNÁNDEZ DE CASTRO, se encuentra en firme y ejecutoriada.
5. Con ocasión a lo peticionado, se ordene por su Honorable Despacho, la terminación del proceso de la referencia frente al doctor ISMAEL RICARDO HERNÁNDEZ DE CASTRO.

Agradeciendo la atención prestada, con la consideración y el respeto acostumbrado.

Cordialmente,



MIGUEL ALFONSO YÁÑEZ QUINTERO
C.C. No. 1.010.194.400
T.P. No. 250.450 del C. S. de la J.

**República de Colombia
Rama Judicial**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., dos (2) de septiembre de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001-31-03-039-2009-00622-01**
PROCESO : **ORDINARIO**
DEMANDANTES : **MARTHA CECILIA TORRES MENDOZA
Y OTROS**
DEMANDADOS : **EPS FAMISANAR Y OTROS**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 806 de 2.020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las partes, frente a la sentencia proferida el día 3 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Seis Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1. Pretendieron los accionantes que se declare solidariamente responsables a los demandados por los daños extrapatrimoniales ocasionados por los errores médicos presentados durante el trabajo de parto de la señora Martha Cecilia Torres Mendoza, que trajo como consecuencia el fallecimiento de su hijo antes del nacimiento.

Por consiguiente, solicitaron se condene a la parte convocada a pagar los perjuicios morales y fisiológicos o a la vida en relación, en el tope máximo que establezca la jurisprudencia, con la respectiva indexación y los intereses comerciales.

2. Como sustento de sus aspiraciones, los promotores de esta contienda esgrimieron que la señora Martha Cecilia Torres Mendoza asistió regularmente a los controles médicos prenatales y cursos de psicoprofilaxis, presentando un buen estado de salud durante todo el embarazo.

Relataron que entre los días 13 a 17 de octubre de 2.008, la gestante acudió, en varias ocasiones, al servicio de urgencias de la Clínica Especializada de Los Andes S. A., donde le practicaron exámenes y monitoreos, estableciendo que la madre y el bebé se encontraban bien, sin haberla internado por considerarse que aún no estaba próxima a empezar el trabajo de parto, pese haber expulsado el tapón mucoso.

El 18 de octubre posterior, fue hospitalizada en la referida institución para iniciar la inducción al alumbramiento; allí se dispuso el suministro del medicamento "*misoprostol*". Al día siguiente, se realizaron controles que arrojaron buena frecuencia cardiaca del feto, registrándose una dilatación de un (1) centímetro, sin que se hiciera presente el ginecólogo tratante, Dr. Víctor Manuel Rodríguez Machuca, o algún otro especialista.

Comentaron que, el 20 de octubre a la 1:30 a.m., se administró una nueva dosis del citado medicamento; a las 6:35 a.m. fue remitida a evaluación de ginecología para definir la continuidad de la inducción; a las 9:00 a.m. fue llevada a urgencias para la realización de un control, sin embargo, la enfermera no logró percibir los signos vitales del bebé, por lo que fue practicada una ecografía en la que se constató su fallecimiento; posteriormente, cuando se hizo la extracción del feto se observó que su cuello estaba enredado con el cordón umbilical.

Destacaron que los médicos incurrieron en errores, porque se suministró el medicamento "*misoprostol*" el cual es inadecuado por su absorción errática y dosificación difícil de controlar, siendo preferible utilizar "*syntocion*" vía intravenosa; además, no se contó con la supervisión de un obstetra y sólo se realizó un monitoreo fetal intraparto. Por último, estimaron que debió declararse fallida la inducción del parto y proceder a la práctica de una cesárea, pero ello no aconteció.

3. En su oportunidad, la Clínica Especializada de Los Andes S. A. se opuso a las aspiraciones demandatorias, para lo cual formuló las excepciones denominadas: "*La actividad médica, por ser de medio y no de resultado, conlleva la exigibilidad de demostrar el nexo causal entre el hecho y el*

daño"; "El hecho -muerte fetal- tuvo lugar en el vientre materno y, según Medicina Legal, ocurrió por patología funicular (asfixia mecánica); patología que no necesariamente se puede detectar en las ecografías"; "Presencia de caso fortuito como causal de exoneración absoluta de responsabilidad en cabeza de la institución médica" y la "genérica" (fls. 125 a 153, cdno. 1).

4. Por su parte, el profesional de la salud demandado, Ismael Ricardo Hernández de Castro, resistió el reclamo indemnizatorio, planteando como medios de enervación los siguientes: "Inexistencia de relación médico - paciente entre la demandante - paciente MARTHA TORRES y el médico demandado ISMAEL RICARDO HERNÁNDEZ/Inimputabilidad de mi defendido"; "Falta de legitimación por pasiva respecto de mi defendido"; "Inexistencia de solidaridad"; "Inexistencia de relación de causalidad"; "Causa mayor - caso fortuito" y "Concreción de un riesgo inherente a una patología previa y existente en el feto (daño jurídico)" (fls. 157 a 183, cdno. 1).

5. La intimada Alba Rocío Muñoz González, en el tiempo legal concedido para contestar la demanda en su contra, guardó silencio (fl. 294).

6. De otro lado, la EPS Famisanar Ltda. se opuso a las súplicas del libelo, proponiendo los medios exceptivos titulados: "Inexistencia de responsabilidad contractual"; "Inexistencia de nexo causal"; "Inexistencia de daño"; "Ausencia de perjuicios" y la "genérica" (fls. 301 a 316, cdno. 1).

7. La EPS intimada llamó en garantía a la Clínica Especializada de Los Andes S. A., quien guardó silencio dentro del término concedido. Asimismo, convocó a la sociedad Crear Mas Vida S.A., sin embargo, al no haberse efectuado la correspondiente notificación, se dispuso la continuación del trámite sin su intervención (fl. 39, cdno. 4).

8. A su turno, la Clínica conminada formuló llamamiento en garantía frente a Seguros del Estado S.A., sin que hubiese logrado la notificación de la aseguradora (fl. 38, cdno. 3).

9. El médico Víctor Manuel Rodríguez Machuca fue desvinculado de la acción, ante el desistimiento presentado por la parte demandante mediante escrito visible a folio 137 del cuaderno 1D.

II. LA SENTENCIA APELADA

La funcionaria de primer grado decidió declarar responsables únicamente a la Clínica Especializada de Los Andes S. A., a la EPS Famisanar Ltda. y a la médica Alba Rocío Muñoz González; por consiguiente, los condenó al pago de los perjuicios morales ocasionados, y negó el reconocimiento de los daños a la vida de relación.

Para arribar a tales conclusiones, comenzó por examinar la historia clínica de la paciente, encontrando "(...) indicios que colocan en evidencia la precaria atención brindada a la paciente, pues, no son contundentes las anotaciones marginales respecto de los análisis exhaustivos que debieron practicarse a la mujer gestante, quien desde el 13 de octubre, ya había ingreso (sic) en repetidas ocasiones a los servicios de urgencias, con un período de gestación superior a las 40 semanas como se decanta del estudio en conjunto de las pruebas. Para esta sede judicial, no es de recibo, que a la demandante se hubiera colocado en ese estado de vulnerabilidad e indefensión, porque desde el primer llamado de atención a los centros clínicos debieron activarse los protocolos preventivos, salvaguardando su vida y la del que estaba por nacer. Más, cuando se comprueba en el legajo que existía expulsión del tapón mucoso, cuya consecuencia, estaba ligada a una fecha próxima e inmediata del parto".

Agregó que "si bien el ingreso hospitalario fue tardío, mientras duró en el centro clínico los Andes, la paciente y el bebé gestante conservaron buenas condiciones clínicas, empero, no existe evidencia de los monitores fetales constantes, el diagnóstico de hipertensión inducida por el embarazo, la toma de exámenes paraclínicos para documentar el diagnóstico o la solicitud expresa de valoración por el especialista, ésta última, si el personal médico que laboraba para el día de los hechos, carecía de la formación académica suficiente para realizar el diagnóstico oportuno y seguramente, disponer en el menor tiempo posible el parto.

(...) no existe prueba suficiente que respalde la debida diligencia de los galenos que atendieron el parto, o por lo menos que sea suficiente, para descartar que el único motivo o causa del fallecimiento, fue el ahorcamiento del feto con el cordón umbilical, ya que la paciente Martha Cecilia no tuvo la debida atención del personal médico, y menos fue tratada como demanda la *lex artis*, practicándose los exámenes de rigor, para descartar cualquier complicación dada la avanzada edad gestacional (...)".

Destacó que en el dictamen pericial rendido por Luz Amparo Díaz Cruz se concluyó que "(...) la atención del trabajo de parto dada a la señora Martha Cecilia Torres Mendoza no fue adecuada. Con base en la historia clínica a esta paciente se le debió haber confirmado mediante paraclínicos el bienestar fetal e investigado la presencia de un trastorno hipertensivo asociado al embarazo, para lo cual se requería de ecografía obstétrica, perfil biofísico fetal, monitoria fetal con stress (...)".

Sostuvo que las pruebas testimoniales no permiten eximir de responsabilidad a los demandados, "porque no son certezas en cuanto al diagnóstico que recibió la paciente desde el 13 de octubre de 2.008. De éstas, se extracta de los galenos llamados a juicio las versiones sobre sus consideraciones en torno a la probabilidad aproximada en días, que pasan luego de que la mujer gestante expulsa el tapón mucoso, pues en criterio de Víctor Manuel Machuca pueden ser en 2 o 3 días aproximadamente; sin embargo, éste declaró en cuanto a las imágenes diagnósticas, que sólo tuvo a la vista la del 20 de mayo (Pregunta 8 del cuestionario), con la cual verificó un embarazo normal sin circulares del cordón. Además, que las ecografías son ordenadas por la persona que atiende el control prenatal, y que el seguimiento se realiza hasta el final del embarazo, de lo que no existe prueba para el momento de la hospitalización.

El médico Ismael Ricardo, resaltó que el Tribunal de Ética Médica eximió a todos los galenos intervinientes, en su criterio, porque el concepto de medicina legal conformó como causa de la muerte, las tres (3) circulares del cordón; sin embargo, cuando se le consultó sobre la idoneidad de los equipos para el 2.008 a efectos de verificar el diagnóstico de circulares al cuello, indicó un diagnóstico difícil y de dudosa confiabilidad, pero no negó que no se realizó estudio.

En el testimonio de Edgar Humberto Suárez Dávila, médico de la Clínica Los Andes, se advierte que ella no realizó estudios prenatales a la paciente, porque, dada su naturaleza institucional, corresponde la atención de los partos, y comentó el funcionamiento de la Clínica en torno a los médicos adscritos. Alba Rocío Muñoz González sirve a la misma declaración".

Esbozó que, conforme a la decisión del Tribunal de Ética Médica y la prueba pericial, "(...) los síntomas que presentó la paciente días antes del parto eran indicativos de circunstancias particulares que ameritaban la realización de exámenes rigurosos, los cuales no están debidamente documentados en la

historia clínica. Contrario a ello, las declaraciones y los mismos alegatos de conclusión, ponen en evidencia que la atención ofrecida en la Clínica de Los Andes, siempre estuvo sujeta al criterio del médico especialista en razón a la forma de contratación de estos profesionales (...)", atención que calificó como "deficiente y negligente".

Abordó el tema de la solidaridad entre la EPS y la IPS, señalando que "los llamados a juicio son por expreso mandato legal, quienes deben acudir a la reparación de los perjuicios de los demandantes, dado que al amparo del nuevo sistema obligatorio de garantía del servicio de salud, las entidades como las personas intervinientes en la prestación de servicios médicos, deben cumplir fielmente sus deberes, ejerciendo con la mayor diligencia sus labores y, en todo caso, preservando la vida, cosa que aquí no sucedió, porque los médicos que estaban al frente de la atención, actuaron con impericia, faltando al deber de cuidado, y colocaron en riesgo la vida del bebe gestante".

Por otra parte, consideró que el fallecimiento fetal "no fue un hecho imprevisible, pues los criterios de la medicina señalaban que los síntomas que presentó la gestante en el parto indicaban que requería una indicción (sic) del parto más célere, o cuanto menos, unos estudios más rigurosos dada las semanas de gestación".

Precisó que el galeno Ismael Ricardo Hernández "no tuvo contacto con la paciente", por lo que decidió absolverlo de la responsabilidad invocada, en consecuencia, declaró próspera la excepción relativa a la inexistencia de relación médico - paciente; situación que no ocurrió frente a la demandada Alba Rocío Muñoz González, comoquiera que "fue la médica que atendió a la paciente al ingreso a la clínica Especializada Los Andes".

En cuanto a la tasación de los perjuicios, reconoció a título de daño moral las siguientes cantidades: A favor de Martha Cecilia Torres Mendoza y Carlos Andrés Ramírez Salgado -padres del bebé fallecido-, la suma de 30 SMLMV para cada uno; a favor de Prisciliano Torres Gama y Blanca María Mendoza Bohórquez -abuelos maternos-, Mariela Torres Mendoza y Lidia Constanza Torres Mendoza -hermanas de la gestante-, el monto de 5 SMLMV para cada uno de ellos. De otro lado, negó los demás

22

perjuicios solicitados, en razón a que no se acreditó la causación de un daño fisiológico en la madre gestante.

Finalmente, en torno al llamamiento en garantía, señaló que *"las citadas por esta vía, son codemandadas, luego la relación sustancial se subsume por la solidaridad que se predica de los (sic) entidades prestadoras de los servicios de salud, es decir, siendo Famisanar EPS y Clínica Especializada Los Andes parte, no existe distingo en la responsabilidad que se les imputa"* (fls. 142 a 155, cdno. 1D).

III. LA APELACIÓN

En desacuerdo con esa determinación, los extremos del litigio la impugnaron trayendo a juicio los siguientes reparos:

1. El procurador judicial de la parte activante, mediante escrito radicado en oportunidad,¹ insistió en la responsabilidad del ginecólogo Ismael Ricardo Hernández, por cuanto *"de él dependían la orden oportuna de hospitalización, el inicio de la inducción de trabajo de parto y la práctica de exámenes, órdenes todas que o bien fueron impartidas de forma inoportuna o, simplemente, se omitieron"*.

Además, adujo que el perjuicio fisiológico o daño a la vida en relación sí aparece demostrado en el plenario, con *"la sola circunstancia de ver afectada las expectativas de ver crecer al niño, y disfrutar de las buenas experiencias de una nueva vida en el seno de la familia"*.

También, puso de presente la indebida valoración del perjuicio moral, toda vez que *"esta condena no se compadece con los máximos señalados por la Corte Suprema, que en casos de responsabilidad ginecobstétrica, en que inclusive el feto ha nacido vivo, ha condenado a la suma de \$60.000.000 para los padres, y \$30.000.000 para los abuelos"*.

Este extremo procesal, dentro del término de que trata el artículo 14 del Decreto 806 de 2.020, no se pronunció sobre los reparos inicialmente elevados; empero sí se refirió a las discrepancias que contra la

¹ Folios 161 a 166, cdno. 1D.

sentencia elevó empresa promotora de salud conminada, destacando, *grosso modo*, la probanza de la responsabilidad médica endilgada a la pasiva.

2. La apoderada judicial de la EPS Famisanar S.A.S., discrepó del criterio de la falladora, argumentando que *"si bien es cierto dentro del plenario se allegó experticia en donde se manifiesta que la atención del parte (sic) no fue adecuada, [allí] no se concluyó que la causa eficiente del óbito fetal a consecuencia de patología funicular sea derivada única y exclusivamente de la atención médica dispensada en el proceso de atención del parto (...)".*

Asimismo, apuntó que la entidad no es responsable de los perjuicios reclamados, porque *"no se encuentra acreditado el nexo de causalidad entre el servicio administrativo prestado (...) y el supuesto daño alegado en atención a que EPS Famisanar nada tuvo que ver frente a la atención médica (...) pues la función que tiene como entidad aseguradora es la de garantizar la cobertura y acceso de las prestaciones médico asistenciales del Plan Obligatorio de Salud vigente para el momento de los hechos a través de una red prestadora de servicios autorizando oportunamente los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes".*

Por otra parte, arguyó que la juzgadora no estudió de fondo el llamamiento en garantía que formuló oportunamente frente a la Clínica Especializada de Los Andes, a quien se le debe condenar al pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar o al reembolso del dinero que tenga que asumir la EPS, con base en el contrato de prestación de servicios celebrado, en el que se pactó que la IPS respondería por los perjuicios que llegare a ocasionar a los afiliados.

2.1. En la oportunidad brindada por el artículo 14 del Decreto 806 de 2.020, la entidad enjuiciada reiteró su descontento frente a la sentencia de primer orden, alegando, entre otras cosas, una indebida valoración probatoria de la jueza de cognición; falta de acreditación de la culpa en cabeza de Famisanar, y la viabilidad del llamamiento en garantía efectuado; por lo que petitionó la revocatoria de la decisión opugnada, y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.



Finalmente, señaló que, en caso de declararse la confirmatoria de la sentencia confutada, se atienda favorablemente al llamamiento en garantía, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 57 del C. de P. C., hoy artículo 64 del C. G. del P.

2.2. Al descorrer el traslado de este recurso, el procurador judicial del médico Israel Ricardo Hernández de Castro puso de presente que las apelaciones impetradas por la parte actora y la médica Alba Rocío Muñoz González no fueron sustentados en el término concedido por el Tribunal, por lo que deprecó su desertud; y respecto a la alzada incoada por la EPS Famisanar, expresó no tener interés en realizar pronunciamiento alguno.

3. El abogado que representa los intereses de la demandada Alba Rocío Muñoz González censuró que en la sentencia no se hizo un análisis sobre la conducta desplegada por la profesional, respecto de la atención brindada a la señora Torres Mendoza. Afirmó que la nota de evolución transcrita en el fallo no corresponde a la médica convocada, puesto que, para el día 20 de octubre de 2.008, ésta no prestó ningún turno ni atendió a la paciente.

Cuestionó la responsabilidad endilgada a la galena, toda vez que ésta se imputó *"con base en simples 'conjeturas', opiniones o hipótesis personales, inferencias o deducciones subjetivas del Fallador"*. Destacó que la atención brindada fue adecuada, eficaz y oportuna, como consta en el registro hospitalario y la decisión del Tribunal de Ética Médica; por el contrario, mencionó que ninguna de las pruebas muestra alguna irregularidad o falla en la prestación del servicio, por lo que debió ser exonerada en el presente juicio.

Además, se duele de la exoneración del ginecólogo Ismael Ricardo Hernández, pues, en su opinión, era *"responsable de la salvaguarda de la vida de la paciente y del niño por nacer"*, comoquiera que tenía el deber y la obligación de valorar la paciente en forma personal.

Por último, discrepó de la condena impuesta por daños morales, dado que no se indicaron las pruebas que sustentan tales perjuicios.

IV. CONSIDERACIONES

1. De manera liminar, debe precisarse que, dentro de los tres días siguientes al proferimiento del fallo escrito, tanto la parte activante como la encartada Alba Rocío Muñoz González, expusieron de manera suficiente, expresa y cabal las razones argumentativas en que fundaron su discrepancia contra la decisión proferida por la *a quo*, las cuales *ut supra* fueron compendiadas y puestas en conocimiento de las partes mediante auto adiado el 13 de noviembre de 2019,² laborío dialéctico que, en el criterio mayoritario de este Colegiado, tiene la entidad jurídica para tener debidamente sustentado los recursos de apelación instaurados, sin que sea procedente exigirle que realice una sustentación ante el superior, adicional a la ya efectuada ante la jueza de cognición, como lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 2976 de 2019,³ Corporación que, valga resaltar, en reciente pronunciamiento de 10 de junio de 2020, puntualizó:

"En un asunto de similares realidades fácticas al sometido ahora a consideración, esta Sala de la Corte, tuvo la oportunidad de pronunciarse mediante las sentencias CSJ STL3467-2018, CSJ STL3470-2018 y CSJ STL79485-2018, y a través de las cuales se dejó expuesto el cambio jurisprudencial en torno al tema, esto es, en cuanto a que si el recurso de apelación se sustentó en debida forma ante el A quo, el juez de alzada debe tramitarlo, es decir, que la inasistencia del recurrente a la audiencia de «sustentación y fallo de segunda instancia», no es óbice para resolver el recurso, si efectivamente ante el juez de primer grado se alegaron y fundamentaron las razones de inconformidad con la providencia apelada.

(...)

En este sentido, precisó esta Corporación, que con la nueva postura adoptada, no solo se garantiza el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, «sino a un proceso justo, y recto», materializándose así el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas.

Así las cosas, es claro, que en aquellos asuntos, cuyas particularidades se asemejen a las del caso que ocupa la atención de la Sala, el recurso de apelación que se interponga en contra de la providencia dictada por el juez de primer grado, puede ser sustentado de forma oral o escrita, y, por lo mismo, habiéndose considerado por el a quo que la sustentación de la alzada se hizo en debida forma, no existía ningún obstáculo para que el Tribunal accionado

² Folio 4, cdno. 15.

³ Concordancia: CSJ STL3467-2018, CSJ STL3470-2018, CSJ STL79485-2018 y STL12420-2018.

procediera a desatar la controversia sometida a su consideración." (STL3915 de 2020. Rad. 89013).

En concordancia con lo manifestado, debe apuntarse que, si bien en el comunicado de prensa No. 35 de 2019, la Corte Constitucional informó, en términos generales, que en la sentencia unificadora N° SU-418/19 se expresó que "(...) *el recurso de apelación debe sustentarse ante el superior en la audiencia de sustentación y fallo, y la consecuencia de no hacerlo así, es la declaratoria de desierto del recurso (...)*", lo cierto es que esa providencia, a la fecha, no ha sido objeto de publicación, por consiguiente, no ha adquirido fuerza vinculante, puesto que, como lo ha decantado ese Corporativo, los comunicados de prensa, únicamente *"tiene[n] un carácter eminentemente informativo...para servir de órgano de comunicación de este Tribunal y, en consecuencia, no sirven de sucedáneo a la notificación legal de dichos fallos"*,⁴ pues *"su propósito eminentemente informativo no les confiere fuerza vinculante de ninguna índole (...)"*.⁵

2. Dicho lo anterior, y encontrándose reunidos los presupuestos procesales para fallar de fondo y al no avizorarse algún vicio que invalide lo rituado, esta Sala, con el propósito de dar solución a las inconformidades de los apelantes, se circunscribirá a examinar, exclusivamente, los motivos de desacuerdo demarcados por los impugnantes, acatando los lineamientos del inciso 1º del canon 320 del Código General del Proceso.

3. Precisado lo antes explicado, comporta memorar que la responsabilidad médica, modalidad específica de la profesional, a voces de la Sala de Casación Civil, "(...) *configura un sistema compuesto por la proyección e incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad sicofísica de la persona, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales del sujeto (...)*"; lo que impone, para su estructuración, no solo los elementos axiomáticos de la civil, sino también las singulares del ejercicio de la medicina, atientes a "(...) *las reglas, normas, o directrices específicas reguladoras del arte, ciencia o profesión con los cánones o principios científicos o técnicos de su ejercicio (Lex artis), según criterios o procedimientos usuales en cierto tiempo y lugar, el conocimiento, avance, progreso, desarrollo y*

⁴ Auto 521 de 2016

⁵ Auto 283 de 2009

estado actual (*Lex artis ad hoc*)"; exigiéndose del personal de la salud "(...) una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte, sobre él gravitan prestaciones concretas, (...) contexto [en el cual] por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida no como error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la *lex artis*, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas (arts. 12, Ley 23 de 1981 y 8º decreto 2280 de 1981), naturalmente 'el médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturaleza', incluso éticos componentes de su *lex artis* (cas. civ. sentencia de 31 de marzo de 2003, exp. 6430), respecto de los cuales asume la posición de garante frente a la sociedad y a los usuarios del servicio."⁶

4. Partiendo del marco jurisprudencial antes señalado, esta Corporación se adentrará en el escrutinio de los elementos de la responsabilidad civil endilgada a los convocados.

4.1. Para empezar, el reporte clínico de la paciente da cuenta de los siguientes hechos:

4.1.1. El 13 de octubre de 2.008 aparece registro de una atención por urgencias, cuyo motivo de consulta fue "calambres"; así como un cuadro clínico de más o menos 5 horas de actividad uterina regular 1 cada 10 minutos, sin expulsión mucoso ni sangrado, movimientos fetales positivos, revisión monitoria fetal con resultado reactivo.

⁶ CSJ sentencia 17 de noviembre de 2011 Exp18-1999-00533-01. Asimismo, el Alto Corporativo ha sido enfático en sostener que "(...) solo es constitutiva de responsabilidad civil una mala praxis, ya sea por proceder en contravía de lo que el conocimiento científico y la experiencia indican o al dejar de actuar injustificadamente conforme a los parámetros preestablecidos, eso sí, siempre y cuando se estructuren los diferentes elementos de daño, culpa y nexos causal que contempla la ley" (C.S.J. Cas. Civil, 27 de julio de 2015. Exp. 05001-31-03-017-2002-00566-01), y que "(...) las fallas ostensibles en la prestación de servicios de esa índole [médica], por acción u omisión, ya sean resultado de un indebido diagnóstico, procedimientos inadecuados o cualquier otra pifia en la atención, son constitutivas de responsabilidad civil, siempre y cuando se reúnan los presupuestos para su estructuración, ya sea en el campo contractual o extracontractual." (C.S.J. Cas. Civil. 2 sep. 2014. Exp. 15746).

24

4.1.2. El 14 del mismo mes, la paciente acudió por "desesperación lax contrcciones (sic) (...) monitoria reactiva (...) control en dos días".

4.1.3. El 15 de octubre, Martha Cecilia retornó a urgencias por expulsión de moco por vagina, y el plan médico adoptado fue "control, deambulación".

4.1.4. El 16 del mismo mes y año, se registraron movimientos fetales positivos, monitoria fetal reactiva, sin actividad uterina, por lo que se comentó con ginecólogo, Dr. Hernández, "quien ordena hospitalizar mañana 8+00 a.m. para inducción y hospitalización".⁷

4.1.5. El 18 de octubre de 2.008, consta el ingreso de la gestante a la unidad de hospitalización de la Clínica Especializada de Los Andes, sentándose como diagnóstico: "embarazo 42 SS x FUR", con "CC de 5 horas de evolución consistente en dinámica uterina irregular, asociado a expulsión de tapón mucoso, no amniorrea, movimientos fetales positivos, por lo cual es valorada en el servicio de urgencias donde encuentran al examen físico signos vitales estables, monitoria fetal reactiva, se comenta pte con Dr. Hernández ginecólogo de turno quien indica hospitalizar para inducción de trabajo de parto y control de FCF".

4.1.6. Para ese mismo día, a las 9:30 p.m., se consignó la siguiente nota de turno: "Paciente en buen estado general refiere actividad uterina intensa (...) cuello posterior permeable un dedo membranas íntegras. Plan: se solicita monitoria fetal". A las 10:20 p.m., "se recibe reporte de monitoria fetal reactiva actividad uterina de baja intensidad una contracción cada dos minutos se suspende colocar misoprostol de las 2 AM FCF>144 x min, TV: 1 cm cuello posterior. Plan control trabajo de parto".

4.1.7. La reseña clínica del 19 de octubre, hora 3:45 a.m., refiere "actividad uterina una contracción cada diez minutos FCF: 146 x min, TV: cuello central B:60% D: 1 cm membranas íntegras. Plan: control de trabajo de parto". Hacia las 7:01 a.m., se anotó "actividad uterina regular de baja intensidad FCF: 146 x min TV D: 1 cm B: 90% membranas íntegras. P/ continuar control de trabajo de parto".

⁷ Folios 239 a 241, Cdnno. 1 B.

4.1.8. El mismo día, hora 9:45 a.m. se indicó: *"paciente aceptable estado general, alerta, activa con signos vitales (...) feto único vivo cefálico FCF 148 x min (...) paciente estable hemodinámicamente, con cifra tensional elevada, se realizará control, en el momento con buena actividad uterina, se continúa vigilancia de su trabajo de parto"*.

4.1.9. Posteriormente, se evidenciaron las siguientes valoraciones: *"14+50 HS paciente refiere actividad uterina irregular, de buena intensidad (...) 18+00 HS paciente refiere actividad uterina regular, cada 10 minutos de buena intensidad, al EF: FCF 140 x min (...)"*.

4.1.10. Para el 20 de octubre de 2.008, se expresó en *"nota de turno 00+00 (...) embarazo de 42 SS x FUR en inducción de trabajo de parto con dinámica uterina irregular, no amniorrea, no sangrado (...) cervix D 1 cm BTO 100% M/I cefálico"*.

4.1.11. En esa misma data, con nota horaria de la 1:00 a.m., se dejó la siguiente constancia: *"pte refiere 6 contracciones durante una hora P/ se coloca misoprostol 50 mg intracervical continuar vigilancia de trabajo de parto"*.

4.1.12. Luego, a las 6:30 a.m., se anotó *"dinámica uterina irregular, no amniorrea, no sangrado P/ valoración por ginecología para definir continuar inducción con misoprostol"*.

4.1.13. En la valoración de las 8:00 a.m., se registró que la madre presenta signos vitales estables *"TA: 120/70 mmhg, FC 78 x min, (...) cervix permeable 1 dedo, B 100%, membranas íntegras. Enfermería refiere no encuentra FCF. Se ordena monitoria fetal para verificar bienestar fetal, y cambio de inducción"*.

4.1.14. A las 10:00 a.m., se *"atiende llamado de urgencias, refiere no se encuentra FCF, se pasa a ecografía que reporta óbito fetal de 35.6 sem. Se informa a familiares y paciente, se llama a ginecólogo de turno"*.

4.1.15. Según la anotación de fecha 20 de octubre de 2.008, hora 9:22 p.m., *"se atiende parto vaginal eutosico, expulsivo de 1 hora 35"*

minutos, líquido amniótico meconio GIII, se obtiene RN masculino (sic) a las 16+50 horas con triple circular de cordón apretada al cuello (...)".⁸

4.2. En el informe pericial de necropsia del 21 de octubre siguiente, realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se describieron como hallazgos, entre otros, *"algunos signos de hipoxia dados por congestión visceral y presencia de petequias subpleurales bilaterales (...) la muerte de acuerdo a lo documentado por historia clínica y hallazgos de necropsia se produjo por sufrimiento fetal agudo secundario a patología funicular, no obstante se toman muestras de todos los órganos para estudio histopatológico con cuyos resultados se ampliará el presente informe (...)"*⁹.

4.3. También reposa en las diligencias, el análisis complementario de la necropsia efectuado el 17 de junio de 2.009 por la Dra. María Eugenia Chamorro Ortega, médica patóloga, con el que comunicó al referido instituto los resultados obtenidos en el estudio histológico, en los siguientes términos:

"En síntesis se trata de un feto masculino de 42 semanas de edad gestacional por amenorrea, quien presentó muerte intrauterina anteparto, y que por los hallazgos observados durante la atención del parto y la necropsia, presentó un sufrimiento fetal agudo secundario a insuficiencia placentaria por envejecimiento placentario, no se descarta también que la causa de muerte esté relacionada con la circular funicular a cuello.

Se agrega que una placenta envejecida conduce a insuficiencia placentaria lo que produce un sufrimiento fetal agudo manifestado con salida de meconio que contamina el líquido amniótico. Los cambios por epidermólisis indican que la muerte intrauterina ocurrió en menos de una semana.

Es de anotar también que al producirse la muerte intrauterina, la ausencia de movimientos fetales facilita el enrollamiento del cordón umbilical, razón por la cual la triple circular funicular bien pudo ocurrir luego de la muerte fetal, con los hallazgos macro y microscópicos no es posible establecerse si la circular funicular tensa fue causa o consecuencia de la muerte fetal".¹⁰

⁸ Fls. 29 a 35, cdno. 1.

⁹ Fls. 45 a 48, cdno. 1.

¹⁰ Fls. 30 y 31, cdno. 1B.

4.4. De acuerdo con el concepto emitido el 18 de diciembre de 2.009, por la Dra. Luz Amparo Díaz Cruz, profesora asistente del Departamento de Obstetricia y Ginecología de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia, la atención del parto fue deficiente por las razones que se citan a continuación:

*"Con base en la historia clínica (...) se trata de una paciente de 33 años, primigestante, con un embarazo de 42 semanas por fecha de última menstruación quien se hospitalizó (...) el 18 de octubre de 2008 con cuadro clínico de actividad uterina irregular, con movimientos fetales positivos (...). Con monitorias fetales diarias sin stress previas reactivas en número de 3, la del día 16 de octubre de 2008 No Reactiva con 1 desaceleración tardía, FCF (frecuencia cardiaca fetal de base) 140 por minuto y sin aceleraciones, **ameritaba pruebas complementarias de bienestar fetal como perfil biofísico y monitoria fetal con stress las cuales no están solicitadas ni aparece informe.***

*En el cuadernillo 2, en notas manuscritas de enfermería del día 18 de octubre de 2008: 9:30 (folio 37 del cuadernillo 2) aparece registrada la toma de tensión arterial: 150 / 85. En notas médicas se mencionan cifras tensionales altas el día 19 de octubre de 2008, 9:45 am: 150 / 90 **sin encontrarse anotación sobre control estricto de tensión ni de estudios paraclínicos solicitados para investigar la presencia de Hipertensión Inducida por el Embarazo. Solamente en el post parto se solicitan exámenes de laboratorio e inician antihipertensivos.***

Iniciaron inducción del trabajo de parto con Misoprostol (50 mg intravaginal cada 6 horas), cuando el feto estaba muerto iniciaron oxitocina en mezcla.

Se revisa nuevamente la historia clínica y no encuentro trazados de monitoria fetal intraparto ni perfil biofísico. En las evoluciones médicas durante la hospitalización de octubre 18 de 2008 registran FCF pero no Tensión arterial. Hasta el 19 de octubre de 2008, 9:45 vuelven a aparecer ta: 150/ 90 y FCF 148 por minuto.

El 20 de octubre de 2008, 12:02 am, no anotan frecuencia cardiaca fetal ni tensión arterial (folio 20 cuadernillo 2); igualmente en control de 1:33 am, y 6:35 am, hasta 8:00 am, donde enfermería refirió no encontrar frecuencia cardiaca fetal.

Por todo lo anteriormente escrito la atención del trabajo de parto dada a la señora Martha Cecilia Torres Mendoza no fue adecuada. Con base en la Historia Clínica a esta paciente **se le debió haber confirmado mediante paraclínicos el bienestar fetal e investigado la presencia de un trastorno hipertensivo asociado al embarazo, para lo cual se requerían de ecografía obstétrica, perfil biofísico fetal, monitoria fetal con stress, química sanguínea (BUN, creatinina, ácido úrico), parcial de orina, cuadro hemático, durante la hospitalización, con control estricto de tensión arterial y frecuencia cardíaca fetal.** Con base en el resultado de los paraclínicos iniciar una maduración cervical con Dinoprostona en gel, intracervical. A la fecha no se ha recomendado el Misoprostol para maduración cervical e inducción de trabajo de parto por sus efectos secundarios. Además iniciar inducción con Oxitocina en mezcla en bomba de infusión, según protocolo establecido para tal fin, con monitoria fetal electrónica durante el trabajo de parto.

Es importante anotar que **probablemente las circulares del cordón al cuello del feto mencionadas en la atención del parto (folio 47 cuadernillo 1) se agregaron a la insuficiencia placentaria que existía.** Es decir a una patología establecida como la insuficiencia placentaria se sobreagregó un sufrimiento fetal agudo secundario a patología funicular, como son las circulares del cordón¹¹ (Negrillas fuera del texto).

En la aclaración y complementación del dictamen rendido, se destacó que otra de las omisiones del personal médico que atendió a la usuaria fue "solicitar valoración por Ginecoobstetricia una vez la paciente se hospitalizó, dado que se trataba de un embarazo posfechado".¹²

4.5. Ahora bien, de las declaraciones recepcionadas, resulta pertinente relatar lo relatado por el ginecólogo tratante Víctor Manuel Rodríguez Machuca, quien manifestó, entre otras cosas, que la primera consulta prenatal que atendió "fue el 10 de julio del 2008 cuando [la paciente] cursaba embarazo de 27 semanas y fue remitida con impresión diagnóstica de diabetes gestacional en esa consulta se remitió a nutrición y se citó a los 15 días con test de O' Sullivan, le realicé nueva consulta el 12 de agosto de 2008 (...) y no se habían controlado sus cifras de glicemia (...) cursaba embarazo de 32 semanas y diabetes gestacional, se citó nuevamente a los 15 días con el test de O' Sullivan

¹¹ Fls. 32 a 34, cdno. 1B.

¹² Fls. 87 a 90 cdno. 1D.

realicé nueva consulta el 1 de septiembre de 2008 cuando cursaba embarazo de 35 semanas y las cifras de glicemia se habían normalizado, la siguiente oportunidad que tuve contacto con la paciente fue el 20 de octubre de 2008, en la Clínica de los Andes cuando fui llamado para valoración y se había diagnosticado óbito fetal, en esta oportunidad valoré a la paciente, le expliqué que la manera más conveniente de parto era por vía vaginal aunque ella insistía en que se le realizara cesárea yo le explique que no había indicación para realizar dicho procedimiento en ese momento (...), por esto se inició goteo con oxitocina para desencadenar trabajo de parto y expulsión del feto (...)".

Cuando se le indagó si en las oportunidades en que atendió a la embarazada pudo advertir que el feto presentaba las circulares del cordón al cuello, respondió que dicho diagnóstico *"se hace en útero únicamente por ecografía y la única (...) que ella me presentó fue el 20 de mayo de 2008, en donde informaba embarazo normal de 18 semanas y 3 días y no se mencionó ninguna circular del cordón"*¹³.

5. A tono con el reflejo probativo de los medios de convicción antes enunciados, se alcanza a inferir que la señora Martha Cecilia Torres Mendoza no recibió la atención médica que requería de forma oportuna y adecuada, porque la paciente presentaba diversos factores de riesgo, como la condición de madre primigestante de treinta y tres años de edad, con antecedentes de diabetes gestacional, el diagnóstico de embarazo prolongado y los índices elevados de tensión arterial, que revelaban la necesidad de una evaluación y vigilancia constante a través de exámenes diagnósticos y controles obstétricos, que permitieran establecer de manera precisa el bienestar del feto, lo que evidentemente no ocurrió en el caso bajo estudio, como se desprende no solo de la historia clínica, sino también de la experticia allegada al plenario y de las declaraciones recibidas en el proceso; conclusión que no fue debatida por la Clínica Especializada de los Andes S. A. hoy Faconin S.A., pues ningún reparo formuló frente a la sentencia proferida por el *a quo*.

Tal determinación tampoco fue cuestionada por la EPS Famisanar, pues nótese que en el escrito de apelación no se planteó

¹³ Fls. 406 a 411 cdno. 1.

23

ninguna controversia frente a las fallas médicas advertidas, sino que su inconformidad principal giró en torno a que en el dictamen de Medicina Legal se estableció como causa del óbito fetal *"tripe circular al cuello"*, y no una *"falla del servicio médico"*, como lo concluyó la funcionaria de primer grado, añadiendo que en la experticia elaborada por la Universidad Nacional no se relacionó que el fallecimiento fuere consecuencia directa de la atención dispensada por la clínica convocada.

Al respecto, memórese que en el informe pericial de necropsia practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se determinó que la muerte tuvo como causa el *"sufrimiento fetal agudo secundario a patología funicular"*; análisis que se complementó con el estudio histopatológico que arrojó como resultado *"insuficiencia placentaria por envejecimiento placentario"*, con sustento en que *"una placenta envejecida conduce a insuficiencia placentaria lo que produce un sufrimiento fetal agudo manifestado con salida de meconio que contamina el líquido amniótico. Los cambios por epidermólisis indican que la muerte intrauterina ocurrió en menos de una semana"*, agregando que *"al producirse la muerte intrauterina, la ausencia de movimientos fetales facilita el enrollamiento del cordón umbilical, razón por la cual la triple circular funicular bien pudo ocurrir luego de la muerte fetal, con los hallazgos macro y microscópicos no es posible establecerse si la circular funicular tensa fue causa o consecuencia de la muerte fetal"*; probanzas que no fueron desconocidas por los extremos del litigio.

A la misma conclusión arribó la Dra. Luz Amparo Díaz Cruz, profesora asistente del Departamento de Obstetricia y Ginecología de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia, cuando expuso que *"probablemente las circulares del cordón al cuello del feto mencionadas en la atención del parto (...) se agregaron a la insuficiencia placentaria que existía"*, sin que en las diligencias obre algún otro concepto técnico que desvirtúe tales conclusiones.

Sobre estas patologías, la literatura médica ha puntualizado que en los embarazos postérmino se presentan principalmente problemas relacionados con *"el incremento en la mortalidad perinatal, aumento de la frecuencia del diagnóstico de sufrimiento fetal agudo intraparto, síndrome de aspiración de meconio; complicación esta que tiene un elevado índice de*

morbilidad y mortalidad neonatal, incremento en la incidencia de traumatismos fetales y maternos, el síndrome pos madurez o dismadurez, (...) producto a la ineficiencia placentaria que se va produciendo por el envejecimiento de esta y la macrosomía fetal"; por ello, se recomienda "llevar a cabo una serie de acciones destinadas a la valoración de las condiciones fetales entre las que se tienen: la ultrasonografía donde se realizará la biometría fetal, valoración de la madurez placentaria, medición del líquido amniótico, perfil biofísico y doppler; otras son las pruebas sin estrés y con estrés, determinación de los niveles de estriol, determinación de movimientos fetales y la amniocentesis. Las normas de manejo y conducta en estos casos dependen en gran medida de la evaluación que se tenga de la condiciones fetales y cervicales, por tanto, en dependencia de ellos se asume una conducta expectante donde no exista compromiso fetal evidente con un cérvix desfavorable, o la interrupción de embarazo si existe dificultades fetales a través de la inducción o la realización de operación cesárea electiva"¹⁴.

En igual sentido, existen estudios especializados que definen el embarazo prolongado como "una complicación que se asocia a morbilidad perinatal, por lo cual su diagnóstico debe ser parte del manejo adecuado del control prenatal". En estos eventos, se presentan frecuentemente complicaciones como "los partos obstruidos por fetos macrosómicos, la aspiración de líquido amniótico meconiado, la patología funicular, el óbito y el síndrome de posmadurez del neonato", por lo que se sugiere "evaluar la madurez del cuello uterino mediante la escala de Bishop (...), realizar una ecografía obstétrica (...) para determinar el volumen de líquido amniótico mediante la medición del Índice de Líquido Amniótico (ILA), determinar el peso fetal, buscar anomalías fetales, en especial defectos del tubo neural, vigilar el bienestar fetal (...) con monitoria y perfil biofísico con énfasis en el volumen de líquido amniótico (...), realizar un parto electivo entre las semanas 41-42 como estrategia para disminuir la morbilidad perinatal (...)"¹⁵. En las patologías placentarias, como la insuficiencia, es recomendable "realizar Doppler de las arterias uterinas y de las arterias fetales (...) desde las 22 semanas hasta el parto (...) el conocimiento de la asociación de estas causas placentarias ayudará en la prevención del óbito en estos casos", y en las patologías de cordón umbilical

¹⁴ Balestena Sánchez, Jorge Manuel. González Llanes, Katileydis. Balestena Justiniani, Adixa. Efectos del embarazo postérmino en eventos relacionados con el nacimiento y el neonato. Revista de Ciencias Médicas de Pinar del Río. Cuba. Vol. 18 No. 6 nov.-dic. 2014. Disponible en http://www.revcompinar.sld.cu/index.php/publicaciones/article/view/1916/pdf_23

¹⁵ Arenas Gamboa, Jaime. Navarro Milanés, Alfonso. Embarazo Prolongado. Obstetricia Integral. Siglo XXI. Tomo II. Universidad Nacional de Colombia. 2010. Pág. 223 a 240. Disponible en <http://www.bdigital.unal.edu.co/2795/14/9789584476180.12.pdf>

29

se indica el "registro electrónico basal no estresante e intraparto" lo cual "puede permitir sospechar estas complicaciones"¹⁶.

Incluso, en los textos académicos aportados por el médico demandado Ismael Ricardo Hernández de Castro, se menciona la importancia de evaluar la madurez cervical para disminuir la morbilidad perinatal, apuntando que "[s]i el cuello es inmaduro o presenta un índice de Bishop menor de seis, se debe hacer ecografía para evaluar la cantidad de líquido amniótico, las características placentarias, la anatomía y la actividad fetal y su peso probable (...) **si llega a la semana 42 se termina la gestación iniciando con una inducción monitorizada y si no hay éxito se practica cesárea. Si el embarazo alcanza la semana 42 se termina la gestación sin importar las condiciones del cuello, por el aumento de la morbilidad perinatal.** Se considera indicación para terminar el embarazo la presencia de meconio, observado con amnioscopio, o por amniocentesis (...), la disminución marcada de la actividad fetal, las alteraciones en el monitoreo electrónico o en el perfil biofísico, una edad gestacional confirmada de 42 semanas, y las enfermedades maternas asociadas como la diabetes, la hipertensión crónica y la preeclampsia"¹⁷ (Negrilla fuera de texto).

Las evidencias médicas reseñadas permiten confirmar que las causas del óbito fetal están directamente relacionadas con el embarazo prolongado de la paciente, estado que ameritaba constantes cuidados por parte de los profesionales de la salud, así como la práctica de diferentes procedimientos diagnósticos, orientados a establecer la presencia de algún riesgo que pudiera generar un resultado adverso; condiciones de las que no milita prueba de su cumplimiento en el expediente.

En efecto, se advierte que en los documentos clínicos no aparece alguna prescripción de ecografía obstétrica, perfil biofísico fetal, monitoria fetal con stress, doppler o la realización de algún otro estudio que evaluara de forma detallada el estado del feto, las características placentarias y el líquido amniótico, omisiones puestas de presente en el concepto rendido por la Universidad Nacional de Colombia.

¹⁶ Ovalle, Alfredo. Kakarieka, Elena. Correa, Ángel. Vial, María Teresa. Aspillaga, Carlos. Estudio Anátomo-Clínico de las Causas de Muerte Fetal. Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología. Vol. 70 No. 5. 2005. Pág. 303 a 312. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-75262005000500005

¹⁷ Fls. 225 y 226, cdno 1. Méndez Gallo, Omar. Embarazo Prolongado. Obstetricia y Ginecología. Pág. 240 y 241.

Tampoco se analizaron los factores de riesgo que presentaba la gestante, a pesar de que los mismos se encuentran contemplados en la Norma Técnica para la Atención del Parto, expedida por el Ministerio de Salud, como son: la historia obstétrica adversa, edad gestacional pretérmino o prolongado, hipertensión arterial, líquido amniótico meconiado, entre otros.¹⁸

Tales omisiones, ciertamente, son reveladoras de la responsabilidad médica denunciada, pues "[l]a complejidad de las enfermedades y la fragilidad de la salud humana muchas veces se traducen en errores o eventos adversos no culposos, pero no hacer nada para evitar la aparición o repetición de tales fallas siendo previsibles y teniendo el personal médico la oportunidad y el deber legal de evitarlas, es constitutivo de culpa (...); y si bien es cierto que muchos de esos defectos no son previsibles ni producto de la negligencia o descuido, no lo es menos que tantos otros se pueden evitar con un mínimo de prudencia, diligencia o cuidado según los estándares de buenas prácticas de la profesión."¹⁹

Por consiguiente, es innegable que la falta de observación y evaluación rigurosa de la mujer gestante, así como la falta de vigilancia y control sobre la criatura que estaba por nacer, no permitieron adoptar un plan de manejo oportuno que garantizara el bienestar del *nasciturus*. Igualmente, cabe destacar que la ciencia médica ha indicado la pertinencia de la terminación del embarazo, a través de la cesárea, cuando se confirma una edad gestacional de 42 semanas; no obstante, en este caso particular no se demostró que los tratantes hubieren prestado la atención en salud necesaria para lograr evitar la mortalidad perinatal. Es más, se observa que tan sólo fue considerada por la especialidad de ginecología cuando ya había ocurrido el fallecimiento del ser en gestación, lo que comprueba la falta de cuidado y diligencia en la atención brindada a la usuaria, pues no se otea que el comportamiento clínico se hubiere ajustado a la *lex artis*, siguiendo los lineamientos conclusivos de las investigaciones en la materia, sin que se haya satisfecho la carga demostrativa impuesta por artículo 1604, inciso

¹⁸ Resolución 412 de 2000.

¹⁹ CSJ. Sentencia SC13925-2016 de septiembre 30 de 2016, rad. 05001-31-03-003-2005-00174-01.

3, del Código Civil, a tono con el cual "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo".

6. Otro de los reparos formulados por la EPS Famisanar, se centra en que la empresa no presta servicios de salud, por cuanto, al tenor de lo establecido en la Ley 100 de 1.993, su función es la de garantizar la cobertura y acceso de las prestaciones médico-asistenciales, por ende, estima que no es responsable de los daños ocasionados con el acto médico.

Sobre el particular, bien pronto se atisba el fracaso de la alegación, toda vez que el Alto Tribunal de Justicia en lo Civil, en sentencia SC-13925 de 2016, destacó "(...) que la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas. (...) Además de las funciones señaladas en [la Ley 100 de 1993, artículo 177] y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.

Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil. (...) **La función que la ley asigna a las IPS las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo,** toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio.

El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por

fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito."

En el *sub-lite*, está plenamente demostrado que la EPS Famisanar celebró un contrato de prestación de servicios de salud con la IPS Clínica Especializada de Los Andes S. A.²⁰, con el objeto de brindar la atención médica de los afiliados activos de la entidad; en virtud de ese convenio, la paciente fue atendida en la citada IPS, lo que significa que las consecuencias derivadas del deficiente servicio médico se extienden a la EPS convocada, quien deberá responder solidariamente por los perjuicios ocasionados a la usuaria.

De otro lado, no es cierto, como lo afirma la EPS impugnante, que la funcionaria hubiere omitido pronunciarse sobre su llamamiento en garantía, pues nótese que en la sentencia opugnada se señaló que *"las citadas por esta vía, son codemandadas, luego la relación sustancial se subsume por la solidaridad que se predica de los (sic) entidades prestadoras de los servicios de salud, es decir, siendo Famisanar EPS y Clínica Especializada Los Andes parte, no existe distingo en la responsabilidad que se les imputa"*; criterio que luce razonable si se tiene en cuenta que por expresa disposición del artículo 2.344 del Código Civil, *"[s]i de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa (...)"*, de allí que ambas entidades de salud deben asumir los perjuicios irrogados a los demandantes.

7. Continuando con el análisis de la responsabilidad de los agentes médicos, es del caso precisar que la Corte Suprema de Justicia ha dicho que para el juicio de imputación *"(...) el juez habrá de tomar en cuenta sólo aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario y cargarlos a la cuenta de aquellos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción del mismo. De este modo se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado, quien responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS, siempre que confluyan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil"*²¹.

²⁰ Fls. 4 a 16, cdno. 2.

²¹ Op. cit., SC13925-2016.

21

7.1. Pues bien, frente a la conducta desplegada por el Dr. Ismael Ricardo Hernández de Castro, cirujano con especialidad en ginecología y obstetricia, ha de indicarse que, para la fecha en que ocurrieron los hechos, el profesional se encontraba vinculado a la Clínica Especializada de Los Andes S. A. mediante contrato de prestación de servicios, en el que se acordó que el servicio se efectuaría *"de manera personal en su consultorio particular o en las instalaciones de la clínica (...) cuando el caso así lo amerite (...), dentro de los horarios y turnos de disponibilidad que tenga establecidos"*²².

En el interrogatorio de parte, el doctor Hernández de Castro explicó que el acuerdo celebrado con la IPS enjuiciada consistía en acudir a los llamados de los médicos generales o de otro especialista que requiriera un concepto sobre ginecología. Afirmó que estuvo de turno *"los días del fin de semana del 18 y 19 de octubre, se iniciaba el turno de disponibilidad de 24 horas de 7:00 a.m. a 7:00 a.m. del día siguiente"*. Clarificó que no atendió a la gestante en el turno asignado, ni en el control prenatal, trabajo de parto ni puerperio, enfatizando que *"nunca [ha] sido su médico"*²³.

Al respecto, el testigo Wilson Franchesco Ortega Rojas, médico general, relató que valoró a la mujer en estado de gravidez cuando acudió al servicio de urgencias; en esa oportunidad, aquella *"no había desarrollado un trabajo de parto de forma natural (...) al ver que ya había pasado el tiempo de espera (...) llamó al ginecólogo [Dr. Ismael Hernández] vía telefónica y él dijo que se hospitalizara la paciente y que le realizara maduración cervical con medicamento misoprostol (...)"*²⁴.

Lo anterior encuentra respaldo en la historia clínica, pues según el registro de ingreso fechado 18 de octubre de 2.008, el caso de la señora Torres Mendoza fue comentado *"con Dr. Hernández ginecólogo de turno quien indica hospitalizar para inducción de trabajo de parto y control de FCF"*.

Conforme a lo anterior, es posible establecer que la actuación del médico demandado se contrajo a la orientación telefónica del galeno

²² Fls. 1 a 4, cdno. 1C.

²³ Fls. 412 a 417, cdno. 1.

²⁴ Fls. 448 a 450, cdno. 1 B.

que atendió a la paciente en el servicio de urgencias, indicando que lo pertinente era la hospitalización, el suministro del medicamento misoprostol para inducción de trabajo de parto y la toma de frecuencia cardiaca fetal, en razón al turno de disponibilidad asignado; actos de los que no hay prueba para considerarlos inadecuados, menos si de acuerdo con la decisión proferida el 23 de noviembre de 2.010, por el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca, en este caso era procedente la hospitalización de la madre gestante debido al diagnóstico de embarazo postérmino, así como el suministro del fármaco antes mencionado para la maduración del cuello uterino, concluyendo que *"la conducta de inducción del trabajo de parto de la Sra. MARTHA TORRES estuvo bien indicada y la metodología utilizada fue la adecuada"*.²⁵

Ahora bien, pese a que en las versiones rendidas ante la Fiscalía General de la Nación, la Dra. Alexi Andrea Pacanchique Gamboa y Damarys Durley Alfonso Vargas refieren que, el día 19 de octubre de 2.008, hicieron llamadas telefónicas al ginecólogo Dr. Hernández, y no fue posible la comunicación porque éste no contestó, lo cierto es que esa circunstancia no aparece registrada en los documentos clínicos de la paciente; por el contrario, según la deponencia del galeno Wilson Franchesco Ortega Rojas, éste sí pudo entablar comunicación con el especialista.

Así las cosas, como en las diligencias no existe algún elemento de convicción que demuestre la supuesta desatención a los llamados de los médicos generales, o una conducta descuidada y negligente por parte del especialista, es dable colegir que no hay lugar a imputarle a éste la responsabilidad alegada por la parte convocante.

7.2. Igual inferencia se extrae del comportamiento de la médica cirujana Alba Rocío Muñoz González, en tanto que su labor se desarrolló únicamente el 18 de octubre desde las 7:00 p.m., hasta las 7:00 a.m. del día siguiente, tal y como consta en el listado de turnos que reposa a folios 462 y 463 del cuaderno principal, sin que se evidenciara un actuar irregular o defectuoso de la tratante durante ese período.

²⁵ Fl. 455 cdno. 1.

27

Repárese que, según las notas médicas de octubre 18 de 2.008, a las 9:30 p.m. la Dra. Muñoz describió a la paciente en buen estado general con actividad uterina intensa, tomó la frecuencia cardiaca fetal, practicó tacto vaginal encontrando membranas íntegras y solicitó monitoria fetal.

En menos de una hora, esto es, a las 10:20 p.m., registró los resultados de la monitoria fetal como reactiva, anotó actividad uterina de baja intensidad, una contracción cada dos minutos, ordenó la suspensión de la dosis de misoprostol programada a las 2:00 a.m., reportó la frecuencia cardiaca fetal y realizó tacto vaginal.

Posteriormente, a las 3:45 a.m. del 19 de octubre, asentó actividad uterina de una contracción cada diez minutos, toma de frecuencia cardiaca fetal, borramiento del cuello uterino en un 60% y dilatación de 1 cm.

De acuerdo con el reporte de las 7:01 a.m., indicó actividad uterina regular de baja intensidad, toma de frecuencia cardiaca fetal, borramiento del cuello uterino en un 90% y dilatación de 1 cm., ordenando continuar con el control del trabajo de parto.

No pierde de vista el Tribunal que la Dra. Alba Muñoz, al absolver el interrogatorio, afirmó que no consultó al ginecólogo de turno el día 18 de octubre; empero, ello no puede traducirse, *per se*, en un proceder erróneo, por cuanto en la misma declaración la facultativa aclaró que *"la paciente tuvo una progresión de trabajo de parto normal de forma adecuada, me explico, era una paciente nulípara es decir no había tenido ningún parto y estas pacientes lo primero que se les realiza es la maduración cervical con misoprostol, durante la noche la Sra. Martha evolucionó de estar borramiento cero, dilatación cero a borramiento 90 % dilatación 1 cm, (...) lo que correspondía a una progresión de un trabajo de parto normal"*, condiciones que se corroboran con el historial clínico de la paciente.

A partir de las anteriores probanzas, no es posible inferir que la conducta de la aludida demandada haya incidido en los daños cuya indemnización se reclama, porque está acreditado que la cirujana entregó

el turno en la mañana del 19 de octubre, a la Dra. Damarys Alfonso, hecho que fue aceptado en la declaración rendida ante la autoridad penal, y cuando realizó su segunda intervención la actora ya se encontraba *"en postparto normal de un óbito fetal"*.²⁶

En este punto, es preciso señalar que, aun cuando la encartada Alba Rocío Muñoz González no presentó escrito de contestación, lo que en principio daría lugar a tener por veraces los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, lo cierto es que dicha consecuencia procesal no puede tenerse como único medio demostrativo para tal efecto, por cuanto admite prueba en contrario.

De modo que, al haber otros elementos suasorios que desmienten dicha presunción, no resulta viable efectuar tal imputación de responsabilidad, máxime si en la bitácora clínica se avizora que su actuación se supeditó a la vigilancia de la paciente entre la noche del 18 de octubre de 2.008 hasta las 7:00 A. M. del día 19 del mismo mes y año, en la que el tratamiento implementado habría sido la inducción del parto, instruida al momento de la hospitalización.

Ahora, no puede pasarse por alto que en la resolución proferida por el Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca se concluyó que la atención médica brindada por la Dra. Muñoz González y el Dr. Hernández de Castro *"fue oportuna, adecuada, y diligente, ciñéndose a las recomendaciones de la lex artis"*, refiriendo que no había mérito para formular cargos contra los médicos convocados; probanza que estimada con otras piezas probativas, resulta idónea para exonerar de responsabilidad civil a los galenos, comoquiera que proviene de expertos en la materia objeto de discusión, y no milita elemento de juicio sólido del cual pueda percibirse lo contrario.

8. Encontrándose demostrados los postulados que estructuran la responsabilidad civil solicitada, respecto de los entes prestadores del servicio de salud, es pertinente adentrarse en el abordaje del

²⁶ Fls. 422 a 427, cdno. 1.

reconocimiento de los perjuicios deprecados por el extremo impulsor de esta contienda judicial.

8.1. En lo concerniente al resarcimiento del detrimento moral, importa descollar que la Corte Suprema de Justicia tiene decantado que "(...) las máximas de la experiencia, el sentido común y las presunciones simples o judiciales que brotan las más de las veces de la situación de hecho que muestra el caso sometido a consideración del juez serán suficientes a los efectos perseguidos. (...) De esas presunciones (...) de la mayor importancia (...) es la que procede de los estrechos vínculos de familia a efectos de deducir los perjuicios morales que padecen los allegados a la víctima directa, en atención a que se presume, por los dictados de la experiencia, que entre ésta y aquellos existen fuertes lazos de afecto por lo que, sin duda, el interés jurídico tutelado y transgredido con el acto dañoso no es, en criterio de la Corte, únicamente el dolor psíquico o físico dado que este suele ser una consecuencia (pero no la única) de la trasgresión a un derecho inherente a la persona, a un bien de la vida o un interés lícito digno de protección, como en este caso son las relaciones de la familia como núcleo esencial de la sociedad (...)."27

Partiendo del pensamiento jurisprudencial transcrito, y tomando en consideración que la afectación de los promotores se deriva del fallecimiento de un descendiente en primer grado de consanguinidad, se presume la causación del menoscabo extrapatrimonial reclamado, dado el estrecho lazo de cognación existente con el *nasciturus* fallecido; padecimiento de ánimo de carácter íntimo corroborado con las declaraciones rendidas en las diligencias, que dieron cuenta de la profunda aflicción y tristeza producidas tanto en los padres, como en los demás familiares demandantes.

Así las cosas, y en razón a que "(...) esta especie de daño se ubica en lo más íntimo del ser humano, por ende, como medida de relativa satisfacción, que no de compensación económica, desde luego que los sentimientos personalísimos son inconmensurables y jamás pueden ser íntegramente resarcidos, (...) es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium

27 CSJ. Sentencia SC5686-2018 de 19 de diciembre de 2018, rad. 05736 31 89 001 2004 00042 01.

judicis";²⁸ reflexión que, sumada a lo resuelto por la Sala de Casación Civil, en un caso en el que la gravedad de las lesiones permanentes e irreparables sufridas por un menor fueron atribuidas a la atención ginecobstetricia deficiente, imperita, negligente y tardía del parto, motivaron la tasación de los perjuicios morales en la suma de sesenta millones (**\$60'000.000**) para cada uno de sus padres y treinta millones (**\$30'000.000**) para cada uno de los abuelos demandantes,²⁹ habilita a este Colegiado para reconocer, *a fortiori*, cuantías equivalentes para indemnizar el daño extrapatrimonial reclamado por Martha Cecilia Torres Mendoza, Carlos Andrés Ramírez Salgado, Prisciliano Torres Gama y Blanca María Mendoza Bohórquez, puesto que en el presente asunto se materializó el deceso del *nasciturus* con ocasión de la negligencia médica demostrada; infortunio que, a no dudarlo, dio lugar a sentimientos de gran congoja y angustia, si se repara en que la experiencia muestra que, comúnmente, se produce desasosiego y abatimiento de espíritu en los progenitores con la defunción de su esperado hijo primogénito, hecho cierto constatado en la historia clínica en la que se anotó que se trataba de una paciente primigestante de 33 años; aunado a que Blanca María Mendoza de Torres, en su declaración, reseñó que iba a ser "*su primer nieto (...) estaba ilusionadísima [con la llegada del bebé]*", y como abuela quería estar en su nacimiento; sin embargo, con lo sucedido "*(...) a [su] hija todos los días la ve sufrir por ese hijo que perdió (...) [su] hija estaba destrozada*";³⁰ aseveraciones que encuentran eco en la deponencia de Martha Cecilia Torres Mendoza, quien explicó los especiales y fuertes lazos familiares, lo que la llevó a ver el dolor profundo de su hermana por el fallecimiento de la criatura, y a padecer como familia unida el dolor por lo acontecido;³¹ manifestaciones que corroboran los dichos de los expectantes padres y abuelos, quienes exteriorizaron su congoja por la glosada tragedia.³²

Sobre los perjuicios morales decretados en precedencia se empezarán a causar intereses moratorios legales civiles, si no fueren

²⁸ G. J. Tomo LX, pág. 290. Sentencia del 10 de marzo de 1994. Reiterada en SCC de mayo 5 de 1999, Exp. 4978; 25 de noviembre de 1999, Exp. 3382; diciembre 13 de 2002, Exp. 7692; 15 de octubre de 2004, S-165-2004, Exp. 6199.

²⁹ CSJ. Sentencia SC9193-2017 de 28 de junio de 2017, rad. 11001-31-03-039-2011-00108-01.

³⁰ Fls. 204 y 205, cdno.1B.

³¹ Fls. 433 y 434, cdno.1.

³² Fls. 202, 203, cdn.1 B y 432 a 433, cdno.1.

34

cancelados dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

En lo atañadero al detrimento moral que fue petitionado en favor de Mariela Torres Mendoza y Lidia Constanza Torres Mendoza, teniendo en cuenta el grado de consanguinidad, así como las pruebas recolectadas en el plenario, para este Tribunal resulta razonable el monto reconocido por ese concepto; de ahí que dicho decreto será objeto de confirmación.

8.2. En punto al daño a la vida de relación, el órgano de cierre en lo civil reiterativamente ha puntualizado que *"constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó 'actividad social no patrimonial'", perjuicio que se patentiza en "la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad (...) Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar"*³³.

En esa dirección, se impone acotar que la citada Corporación ha precisado que la determinación de tales detrimentos *"(...) debe atender las condiciones personales de la víctima, apreciadas según los usos sociales, la intensidad de la lesión, la duración del perjuicio (SC5885, 6 may. 2016, rad. no 2004-00032-01. (...) Es que ante la ausencia de certeza sobre la forma en que se torpedeó la interacción social del demandante, resulta inviable la condena por este aspecto, ya que habría que hacer juicios hipotéticos que impiden la configuración del deber de reparar. (...). Sin embargo, eventos hay en los cuales dicho menoscabo extrapatrimonial constituye un hecho notorio, siendo excesivo requerir*

³³ CSJ, SC del 13 de mayo de 2008, Rad. N° 1997-09327-01.

prueba para tenerlo por demostrado, porque esta se satisface aplicando las reglas de la experiencia y el sentido común."³⁴

Advertidos los antelados lineamientos jurisprudenciales, comporta hacer visible que en el libelo demandatorio, los padres del nonato solicitaron el reconocimiento de los reseñados nacimientos, en una suma no inferior a \$90'000.000, con fundamento en que *"(...) no solo en virtud de que no pudieron realizarse como padres, por lo cual hoy en día pesa sobre ellos un trauma insuperable sino también porque es evidente que su relación en general con el mundo exterior cambió totalmente a partir de los hechos, porque hoy en día tienen miedo a concebir otro hijo y de poder darse la oportunidad de ser padres (...).*"³⁵

Sobre tal exposición factual, debe apuntarse que los elementos de persuasión obrantes en el plenario no traen convencimiento sobre la presente aprensión y frustración psicológica de los progenitores activantes para volver a procrear, puesto que, en su interrogatorio de parte, rendido en audiencia del 20 de junio de 2.013, Martha Cecilia Torres Mendoza admitió que, en la actualidad, es madre de un menor de 3 años, desvirtuando, así, esa particular alteración de condiciones de existencia relacional.

Empero, tendiendo en mente que, en palabras de la Sala de Casación Civil, los aludidos perjuicios son *"(...) reconocibles aun de oficio, por cuanto la reparación debe ser integral (...)"*³⁶ y considerando que, según el registro hospitalario de 22 de octubre de 2.008, la señora Torres Mendoza fue diagnosticada como paciente *"deprimida"*, ordenándosele, en evolución del 25 del mismo año, *"consulta externa con psiquiatría"*,³⁷ sumado a que, en su declaración, Mariela Torres Mendoza manifestó que Martha Cecilia *"(...) todavía no ha superado eso, cada vez que se toca ese tema la veo muy mal, porque ella tuvo que pasar mucho con el psiquiatra (...)"*,³⁸ y a que, en su deponencia, Blanca María Mendoza de Torres aseveró que su hija quedó embarazada nuevamente el 20 de noviembre de 2009,³⁹ es decir, pasado un año desde

³⁴ CSJ. Sentencia SC4803-2019 de 12 de noviembre de 2019, rad. 73001-31-03-002-2009-00114-01.

³⁵ fl. 94, cdno.1.

³⁶ CSJ. Sentencia SC2107-2018 de 12 de junio de 2018, rad. 11001-31-03-032-2011-00736-01.

³⁷ Folio 151 y 153, cdno 1 A.

³⁸ Folio 434, cdno 1.

³⁹ Folio 204 vuelto, cdno 1B.

el deseo de su hijo no nacido, esto es, el 20 de octubre de 2.008, según la historia clínica y el informe pericial emitido por Medicina Legal, 40 circunstancias que, sin hesitación, rebasan la parte individual o íntima de la referida demandante, quien afrontó, de manera tajante y dramática, la mutación, al menos temporal, de su proyecto maternal; resultando indiscutible, entonces, que la muerte de su descendiente alteró, drásticamente, sus condiciones de existencia, debido al desarreglo psíquico padecido, por lo que este Colegiado decisorio, examinando las particularidades del caso bajo el *arbitum judicis*, estima que la parte demandada deberá indemnizar a Martha Cecilia Torres Mendoza, por este concepto, la suma de veinte millones de pesos (\$20'000.000,00) -como en efecto se ordenará en el segmento resolutivo de este fallo-, monto que causarán intereses moratorios legales civiles, si no fuere pagado dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

V. CONCLUSIÓN

De todo lo expresado en precedencia, se colige que el fallo dictado en primera instancia merece ser modificado parcialmente, para, en su lugar, declarar la falta de responsabilidad de la Dra. Alba Rocío Muñoz González y, por contera, exonerarla de obligación alguna, por las razones antes expuestas.

En consecuencia, se ordenará el pago del resarcimiento de los perjuicios morales y de la vida de relación, en los montos aludidos en líneas precedentes, sobre los cuales se empezarán a generar intereses moratorios legales civiles, si no fueren cancelados dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

Las restantes disposiciones allí adoptadas, se mantendrán incólumes.

Solo se condenará en costas a la entidad promotora de salud demandada de conformidad con la regla 1ª del artículo 365 del Código General del Proceso.

VI. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal tercero del fallo emitido por el Juzgado Treinta y Seis Civil del Circuito de Bogotá, el día 3 de septiembre de 2.019, en el asunto del epígrafe, en el sentido de declarar la falta de estructuración de los elementos de la responsabilidad médica, respecto de la demandada Alba Rocío Muñoz González.

En consecuencia, **DECLARAR** civil y solidariamente responsables a la Clínica Especializada de Los Andes S. A., así como a la EPS Famisanar, por los daños generados a los demandantes por el inadecuado manejo dado en el trabajo de parto de la señora Martha Cecilia Torres Mendoza.

SEGUNDO.- MODIFICAR el ordinal cuarto del fallo impugnado, para **RECONOCER** en favor de Martha Cecilia Torres Mendoza y Carlos Andrés Ramírez Salgado, por concepto de daño moral la suma equivalente a **\$60'000.000,00**, para cada uno; y en favor de Prisciliano Torres Gama y Blanca María Mendoza Bohórquez el monto de **\$30'000.000,00**, para cada uno de ellos.

RECONOCER en favor de Martha Cecilia Torres Mendoza la suma de **\$20'000.000,00**, por concepto de daño a la vida de relación.

Los montos antes aludidos empezarán a generar intereses moratorios legales civiles, si no fueren cancelados dentro de los seis (6)

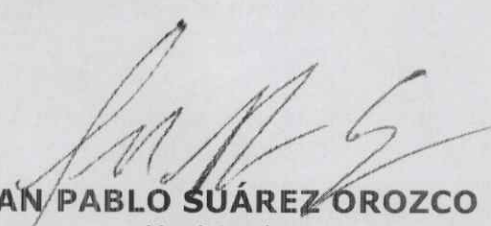
días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado.

CUARTO.- CONDENAR en costas de esta instancia a la entidad promotora de salud intimada y en favor de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de **\$1'500.000,00**. Tásense de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del C. G. del P.

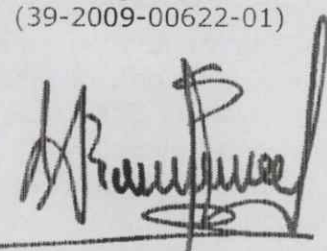
QUINTO.- DEVOLVER, en oportunidad, el expediente al Estrado Judicial de origen.

NOTIFÍQUESE,



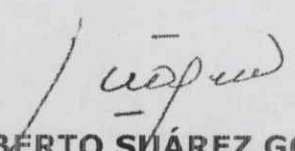
JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado
(39-2009-00622-01)



JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrado
(39-2009-00622-01)
(Con Salvamento parcial de Voto)



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado
(39-2009-00622-01)

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D.C., dos (2) de septiembre de agosto de dos mil veinte (2020).

REF. PROCESO DECLARATIVO PROMOVIDO POR MARTHA CECILIA TORRES MENDOZA Y OTROS CONTRA EPS FAMINSANAR Y OTROS. RADICACIÓN 11001-31-03-039-2009-00622-01

Con el acostumbrado respeto que me merecen los demás miembros de la Sala de Decisión, me aparto de la sentencia proferida en el asunto de la referencia, por considerar que debió declararse desierto el recurso de apelación que interpuso la parte actora y la médica ALBA ROCIO MUÑOZ GONZÁLEZ, por no haberse sustentado en esta instancia.

Descendiendo al caso concreto se colige que la parte demandante y la demandada ALBA ROCIO MUÑOZ GONZÁLEZ, no presentó en segunda instancia la sustentación del recurso de apelación que interpuso frente al fallo de primera instancia en los términos previstos por el artículo 322 del Código General del Proceso, que señala que: “Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior. Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada. Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”.

Conforme al texto citado, para que la segunda instancia adquiera competencia funcional para decidir el recurso de apelación frente a la decisión de primera instancia, es requisito indispensable y necesario que el apelante sustente y exprese las razones de su inconformidad ante el superior, para que la contraparte también tenga la oportunidad del ejercicio del derecho de defensa; pues de lo contrario se estaría desconociendo uno de los pilares fundamentales de nuestro estado social de derecho, como acontece con el debido proceso. No debemos olvidar que de acuerdo con el artículo 27 del Código Civil, “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

De la mencionada norma, es diáfano al preceptuar que el recurrente deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la

37

decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior; que se torna en una carga procesal para que se abra paso el recurso y de paso la competencia funcional del juez de segunda instancia, en los términos previstos por el artículo 328 del Código General del Proceso. "Al respecto la Corte, ha sostenido que "el legislador previó como sanción la declaratoria de desierto del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia cuando: (i) no se precisan, de manera breve, los reparos concretos que se le hacen a la decisión, al momento de presentar la impugnación en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia y (ii) cuando no se presente la sustentación de los mencionados reparos ante el superior" CSJ STC11058-2016, 11 ago. 2016, rad. 02143-00, entre otras). Subraya la Sala. (...)" .

La misma Corte Constitucional, en el Comunicado No. 35, informó que en sentencia SU-418 de 2019, la Sala Plena precisó que, "para garantizar el derecho a la igualdad y la respuesta uniforme del ordenamiento jurídico, el juez de tutela debía decantarse por la interpretación que directa, sistemática y acorde con su configuración legal, surge de las disposiciones aplicables, por lo que a partir de un recuento del régimen de apelación de sentencias contenido en los artículos 322 y 327 del Código General del Proceso, estableció que el recurso de apelación debe sustentarse ante el superior en la audiencia de sustentación y fallo, y la consecuencia de no hacerlo así, es la declaratoria de desierto del recurso".

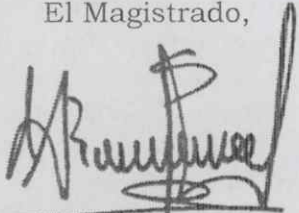
Debe acentuarse que, las formas propias de cada juicio deben ser reguladas previamente por el legislador, y una vez definidas, deben ser acatadas por las autoridades judiciales como administrativas, al punto que la propia Corte Constitucional, ha reiterado que, "Para que la protección del debido proceso sea efectiva, es necesario que las pautas procesales estén previamente definidas por el legislador, pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos. La previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso ha sido llamada por la Carta Fundamental como "formas propia de cada juicio", y constituye la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momentos la conducta de los jueces o de la administración, se sale ilegítimamente de los cauces de la legalidad. Resulta contrario al ordenamiento jurídico el que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre derechos subjetivos, proceda conforme su voluntad, desconociendo las pautas que la ley le ha señalado para el ejercicio de su función. La libertad de escoger las formas de los juicios perjudicaría a los administrados, antes que agilizar y personalizar la aplicación de la justicia; traería confusión y caos en el seno de la sociedad y pondría en entredicho el pilar de la seguridad jurídica".

En este sentido, dejo plasmado mi salvamento de voto, al considerar que la Sala no gozaba de competencia funcional para decidir el recurso de apelación que fue interpuesto frente al fallo de primera instancia, por no haber sido sustentado la parte accionante ni la demandada ALBA ROCIO

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-428 de 1998.

MUÑOZ GONZÁLEZ, y por lo tanto, el camino a seguir era declararlo desierto por el Magistrado Ponente.

El Magistrado,



JULIAN SOSA ROMERO