



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Magistrado ponente

SC16690-2016

Radicación n.º 11001-31-03-008-2000-00196-01

(Aprobado en sesión de 10 de mayo de 2016)

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).-

Procede la Corte a proferir la correspondiente sentencia sustitutiva en el presente proceso ordinario que los señores **ROCÍO GABY ROSERO ACHINTE** y **GUILLERMO CAMPO**

DORADO, actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo **GUILLERMO ALEJANDRO CAMPO ROSERO**, adelantaron en contra de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR LIMITADA CAFAM COLSUBSIDIO E.P.S. -FAMISANAR LIMITADA-** y de la **CLÍNICA EL BOSQUE S.A.**, al cual fue llamada en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.**, antes Seguros Colmena S.A.

ANTECEDENTES

1. En el escrito con el que se dio inicio a la controversia, que obra del folio 25 al 32 del cuaderno principal, se solicitó, en síntesis:

1.1. Declarar la existencia de los contratos de prestación de servicios médicos y hospitalarios celebrados, de un lado, por **ROCÍO GABY ROSERO ACHINTE** y **E.P.S. FAMISANAR LIMITADA** y, de otro, por esta última con la **CLÍNICA EL BOSQUE S.A.**

1.2. Declarar que la precitada entidad y los médicos a su servicio que atendieron a **ROCÍO GABY ROSERO ACHINTE**, así como al neonato **GUILLERMO ALEJANDRO CAMPO ROSERO**, “*incurrieron en error en el acto médico y[,] por consiguiente[,] en incumplimiento de sus obligaciones de prudencia y cuidado, al no prestar la adecuada y oportuna atención*” al nombrado infante.

1.3. Declarar “*a las entidades demandadas, solidaria y civilmente responsables de todos los daños y perjuicios causados*

al patrimonio y a la salud de los demandantes por existir una causalidad directa entre el daño causado y la conducta omisiva, negligente e imprudente” de aquéllas.

1.4. Condenar a las accionadas “al pago de las sumas que resulten necesarias para la plena indemnización de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes”, así:

1.4.1. “Por perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante[,] la suma de **DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS \$200.000.000.00**[,] los cuales se estiman con fundamento en los siguientes ítems: 1.- Gastos médicos y hospitalarios no cubiertos por el P.O.S. 2.- Gastos de transporte y mo[v]ilización. 3.- Pérdida de la actividad laboral productiva para atender las necesidades del menor. 4.- Costos médicos y hospitalarios futuros. 5.- Costos por atención en instituciones especiales, terapia especial y educación del menor. 6.- Costos de tratamiento en el exterior y 7.- Lucro cesante, por la pérdida de la capacidad laboral productiva del menor **GUILLERMO ALEJANDRO CAMPO ROSERO**”.

1.4.2. “Por los perjuicios morales[,] los cuales se estiman en la suma equivalente a **DOS MIL GRAMOS ORO** para cada uno de los padres, los cuales se derivan de la afectación psicológica, la profunda depresión que han sufrido (...), el sentimiento de impotencia[,] el duelo sufrido al saber que su hijo nació normal y un error médico[,] la omisión de un tratamiento oportuno[,] les conv[irti]ó este hijo normal en un ser discapacitado”.

1.5. Condenar a las demandadas a pagar “las sumas anteriormente señaladas o las que resulten demostradas en el proceso, aplicándoles la corrección monetaria que sea necesaria

para actualizar su poder adquisitivo al momento de cumplirse la sentencia”.

1.6. Imponer a las convocadas, el pago de las costas del proceso.

2. En sustento de tales pretensiones, expusieron los hechos que a continuación se sintetizan:

2.1. Rocío Gaby Rosero Achinte, en su condición de trabajadora, se afilió a la E.P.S. Famisanar Limitada, mediante la celebración de un contrato de prestación de servicios de salud, desde comienzos de 1997.

2.2. Por razón de su embarazo, inició controles desde mayo del referido año en la mencionada empresa promotora de salud. Así continuó, sin ningún contratiempo, hasta los seis meses de gestación, cuando *“presentó un fuerte dolor en la parte baja del vientre, por lo que al asistir al control, el m[é]dico recomendó buscar una clínica completa, pues el feto se encontraba en posición podalica, aconsejando la clínica **EL BOSQUE**, porque ofrecía suficiente capacidad profesional y científica para atender una eventual emergencia”*, a donde, por consiguiente, ella fue remitida.

2.3. El 22 de agosto de 1997, la citada actora ingresó al servicio de urgencias de la Clínica El Bosque, debido a un fuerte dolor en la *“región lumbar que se irradiaba hacia el [h]ipogástrico”*. A las 9:30 p.m. nació por cesárea Guillermo Alejandro, quien pese a la emergencia y a la posición que tenía, **“NO PRESENTÓ COMPLICACIONES”**, como se registró en

la historia clínica, toda vez que los exámenes físico y neurológico resultaron normales. Al día siguiente, el niño mantuvo tal condición.

2.4. El día 24 siguiente, fue a la habitación ocupada por la señora Rosero Achinte y su hijo, una doctora de apellido Archila, con el propósito de darles de alta. En ese momento aquélla *“le hizo notar a la pediatra que el beb[é] presentaba un color muy amarillo”*, razón por la cual ésta ordenó la práctica de un *“examen de bilirrubinas”*. Obtenido el resultado, la médica lo revisó y, pese a él, *“ordenó la salida, indicando a la materna, a una [a]miga de esta, de nombre **CLEMIRA CAMPO**, y al padre [de] (...) **GUILLERMO CAMPO**, que le dieran baños de sol y que con ello se le pasaría el color amarillo (...). En presencia de estas mismas personas la pediatra manifestó igualmente que el niño no se podía dejar hospitalizado porque el contrato con la E.P.S. no cubría ATENCIÓN PEDI[Á]TRICA”*.

2.5. No obstante la insistencia de los progenitores y de la persona que los acompañaba para que mantuvieran al recién nacido hospitalizado, con el propósito de controlarlo y de atender cualquier complicación que pudiera presentarse, prevaleció *“el afán de la clínica por desocupar la habitación y liberar la disponibilidad de camas y habitaciones (...), sobre el deber de prudencia y cuidado, así que finalmente se ordenó la salida de los pacientes”*.

2.6. *“El examen de bilirrubinas practicado por la misma **CLÍNICA EL BOSQUE**, arrojó como resultado los siguientes guarismos[:] bilirrubina total 179.6, bilirrubina directa 15.0 y*

bilirrubina indirecta 164.6. Consultados estos resultados con otros pediatras[,] han manifestado que esto indicaba un excesivo grado de bilirrubina, EN EL L[Í]MITE[,] y cuya presencia se considera prematura a las 36 horas de nacido, aunado a la circunstancia de nacimiento pretérmino y el bajo peso, que ameritaba un tratamiento inmediato de FOTOTERAPIA y mantener al infante hospitalizado para su control y tratamiento, pues de no hacerlo provocaría daño cerebral irremediable”.

2.7. “La clínica El Bosque y su pediatra de turno **la Doctora Archila**, faltaron a su obligación de prudencia y cuidado, bien porque no practicaron un segundo examen médico o porque no realizaron los tratamientos médicos inmediatos que la condición del beb[é] requería. Se procedió con negligencia e imprudencia, pues no obstante los signos de alarma que constituían el ser prematuro el nacimiento, el bajo peso (...) y la presencia prematura (antes de las 48 horas) de los síntomas de bilirrubinas altas, se envió al niño fuera de control médico, al cuidado de sus padres, SIN ADVERTIRLES EL INMENSO RIESGO QUE CORRÍA (...) y sin PREVENIRLES DE VOLVER INMEDIATAMENTE SI EL COLOR AMARILLO CONTINUABA Y LO M[Á]S GRAVE DESATENDIENDO LA SOLICITUD DE LOS PADRES DE MANTENERLO HOSPITALIZADO PARA CONTROLAR MEJOR LA ENFERMEDAD”.

2.8. A los diez días de nacido, ocho después de haber salido de la clínica, debido a su desmejorado estado de salud, el menor fue llevado de urgencia a la Clínica El Bosque, donde no quisieron atenderlo y lo remitieron a la Clínica de Cafam, centro en el que le diagnosticaron el padecimiento de “**Ictericia patológica del subgrupo E. Encefalopatía bilir[r]ub[í]nica**”, pese a lo cual dicha

institución no le brindó “LA ASISTENCIA DE TERAPIAS Y TRATAMIENTO DE MOTIVACIÓN ESPECIAL” que necesitaba para lograr “un mejor desarrollo motriz”, lo que le provocó “GRAVES DAÑOS FÍSICOS, cuya corrección solo puede lograr con cirugías a la columna y la cadera supremamente difíciles y costosas”.

2.9. Conforme a las valoraciones médicas que se le han practicado, es evidente el “daño cerebral” padecido por el niño, así como la cada vez mayor incidencia del mismo en su desarrollo, de modo que, en definitiva, se estableció que sufre **“UN RETRASO (...) DE CARÁCTER INSUPERABLE E IRREVERSIBLE”**, por lo que requiere de por vida tratamiento especial de alto costo a efecto de conseguir “el máximo desarrollo que pueda tenerse”.

2.10. El menor fue “inscrito en el centro de educación especial **SUPERAR**, y el costo han tenido que asumirlo los padres, que por su situación económica se ven gravemente afectados y con la imposibilidad de poder seguir costéándolo hacia el futuro”.

3. El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, al que le correspondió el conocimiento del asunto, admitió el libelo introductorio con auto del 25 de febrero de 2000 (fl. 34, cd. 1), que notificó personalmente a las demandadas, por intermedio de las apoderadas que designaron para que las representara, en diligencias cumplidas el 24 de abril del año en cita, respecto de la Clínica El Bosque S.A. (fl. 41, cd. 1); y el 27 junio siguiente, en relación con la E.P.S. Famisanar Limitada (fl. 48, cd. 1).

4. La primera de las accionadas atrás mencionada contestó en tiempo la demanda, en desarrollo de lo cual se opuso al acogimiento de sus pretensiones, se refirió de distinta manera sobre los hechos en ella narrados y propuso las excepciones que denominó “[a]usencia de culpa o cuasidelito como fuente de responsabilidad civil” y “[p]resentación del resultado lesivo por circunstancias ajenas a la actuación de la ‘Clínica El Bosque’ S.A.” (fls. 63 a 70, cd. 1).

En escrito separado, llamó en garantía a Seguros Colmena S.A., actualmente Liberty Seguros S.A. (fls. 1 y 2, cd. 2), manifestación que se aceptó en auto del 18 de agosto de 2000 (fl. 10, cd. 2).

5. La respuesta del libelo (fls. 71 a 74, cd. 1) y el llamamiento en garantía (fls. 1 a 4, cd. 3) que presentó E.P.S. Famisanar Limitada, no fueron tenidos en cuenta por extemporáneos (autos de 18 de agosto de 2000, fls. 75 del cuaderno No. 1 y 9 del cuaderno No. 3).

6. La nombrada aseguradora, en un sólo memorial, se pronunció sobre la demanda y el llamamiento en garantía que se le hizo. En torno de aquella, solicitó desestimar sus reclamaciones y dijo no constarle ninguno de los fundamentos fácticos aducidos; y sobre el otro pedimento, impetró su rechazo y aceptó parcialmente los hechos que lo sustentan. Asimismo, formuló, con el carácter de meritorios, los siguientes mecanismos defensivos: “Inexistencia de las obligaciones pretendidas” y “[l]ímite del valor asegurado” (fls. 15 a 19, cd. 2).

7. Agotado el trámite de la primera instancia, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, en sede de descongestión, dictó sentencia el 29 de junio de 2005 (fls. 203 a 221, cd. 1), en la que resolvió:

1. Rechazar las excepciones presentadas por las demandadas.

2. DECLARAR que la E.P.S. FAMISANAR y CLÍNICA EL BOSQUE S.A., son civilmente responsables de los perjuicios ocasionados a los demandantes, por las razones expuestas en este proveído.

3. Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a E.P.S. FAMISANAR y CLÍNICA EL BOSQUE S.A., a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante la suma de tres millones seiscientos cincuenta mil pesos.

4. Condenar a E.P.S. FAMISANAR y CLÍNICA EL BOSQUE S.A., a pagar a los demandantes por concepto de perjuicios morales la suma equivalente a ciento sesenta (160) salarios mínimos legales mensuales al momento del pago.

5. Denegar las demás pretensiones.

6. Denegar las pretensiones del llamamiento en garantía.

7. Se CONDENA en costas a las demandadas.

8. Inconformes con dicho proveído, las dos partes lo apelaron.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil – Familia, actuando también en descongestión,

profirió sentencia el 25 de septiembre de 2008, en la que adoptó las siguientes determinaciones:

CONFIRMA los numerales **5** y **6**; **MODIFICA** los numerales **1**, **2**, **4** y **7**, los cuales quedarán: **1.-** Prospera parcialmente la excepción segunda formulada por la Clínica el Bosque, conforme se dijo en la parte considerativa, las demás no prosperan; **2.- Ambas partes son culpables de los perjuicios causados y que son materia del proceso**, conforme porcentajes indicados en la parte motiva; **4.-** La cuantía de los perjuicios morales, queda conforme a lo dicho en la parte motiva; **7.-** La condena en costas en ambas instancias será del porcentaje fijado en la parte considerativa, y **REVOCA** el numeral 3º, en el cual se dispone **absolver** por lucro cesante a los demandados, (...) (fls. 133 a 168, cd. 4).

9. Mediante sentencia complementaria dictada el 5 de diciembre de 2008, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil (fls. 173 a 175, cd. 4), resolvió:

1º) Aclarar la sentencia (...) de 25 de septiembre de 2008, visible a folios 134 a 168 del cuaderno 4, en la forma consignada en la consideración de la presente providencia.

2º) Complementar el numeral '2.-' de la sentencia de 25 de septiembre de 2008, en el sentido de que los perjuicios a que se refiere la condena impuesta a las dos partes, incluye la entrega que deben hacer al menor Guillermo Alejandro Campo Rosero de una 'silla de ruedas adaptada con ortesis de sedestación con flexión de cadera 100 grados con respecto horizontal, con base y apoyo plantar', que será 'la cotizada el 25 de abril de 2008, que aparece a folio 70 del cuaderno 4 o una silla de ruedas eléctrica estándar con las respectivas adaptaciones conforme lo informó el Director del Instituto en escrito del 4 de septiembre de 2008, visto a folios 131 y 132 del cuaderno No. 4, en un plazo máximo de un mes'.

Tal suministro operará de la siguiente manera: las partes deberán asumir el costo de la silla en la proporción señalada, a efecto de lo cual la parte demandada depositará a órdenes del Juzgado de conocimiento el porcentaje correspondiente (f. 70, c. 4), para que sean los demandantes quienes como padres del menor adquieran la silla, con el aporte del porcentaje a su cargo.

3º) Se niega la complementación en materia de costas, puesto que dicha decisión fue expresamente adoptada en el numeral 7º de la sentencia.

10. Los demandantes interpusieron recurso de casación contra el fallo de segunda instancia, que el Tribunal concedió únicamente a Guillermo Alejandro Campo Rosero (auto del 17 de marzo de 2009, fls. 188 a 190, cd. 4).

11. La Corte, en virtud de esa impugnación extraordinaria, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2010, casó la recurrida, habida cuenta que halló próspero el cargo primero, en el que se denunció su inconsonancia, por no haber resuelto las pretensiones del libelo introductorio respecto del precitado demandante; y, previamente al proferimiento de la de reemplazo, dispuso la práctica de algunas pruebas de oficio.

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Para arribar a las decisiones en él adoptadas, antes reproducidas, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, luego de referirse a la naturaleza jurídica de los “contratos de prestación de servicios médicos” y de comentar las diversas teorías relacionadas con la prueba de la culpa del

médico, adujo los razonamientos que a continuación se compendian:

1. Con apoyo en el dictamen pericial rendido por especialistas, que obra en el proceso, concluyó, por una parte, que *“no se podía dar de alta al paciente y mucho menos ordenar un control tan distante de la orden de salida, máxime cuando los riesgos eran fatales”*; por otra, que *“la atención del paciente no fue adecuada, pues no se le hizo seguimiento a su patología, el paciente salió de la clínica sin diagnóstico y no se le revaloró después de obtener los resultados de las bilirrubinas”*; y, finalmente, que *“por el hallazgo clínico[,] el paciente debió dejarse hospitalizado e iniciado fototerapia de inmediato además de observar la tendencia y los resultados de las nuevas bilirrubinas”*.

2. Fincado en la prueba testimonial, destacó que las versiones de los declarantes son coincidentes con lo expresado por los actores, en cuanto a que éstos le solicitaron a la pediatra que *“dejara al niño hospitalizado[,] porque lo veía[n] muy amarillo”*; que la doctora Archila, si bien admitió que él *“tenía las bilirrubinas altas”*, les dijo *“que le dieran baños de sol a las 9 a.m. y a las 3 p.m.”* y que lo *“volvieron a llevar (...) a los 8 días para control”*; que ellos *“no sabían que eso era una enfermedad que (...) fuera a afectar”* severamente al menor; que éste *“a pesar de los baños de sol[,] siguió amarillo, dejó de comer y permanecía como dormido por mucho tiempo”*; que *“lo llevaron a la clínica El Bosque y de ahí lo remitieron a Cafam donde le hicieron todo lo que debían haberle hecho pero el daño ya estaba causado”*; y que *“atendiendo la*

instrucción de la pediatra esper[aron] los 8 días para llevar al [infante] al médico”.

3. Estimó plenamente acreditado que *“la entidad que prest[ó] el servicio directamente, fue negligente”,* toda vez que *“no existe constancia de la orden de salida del menor, pero resulta que el cuidado del mismo estaba a cargo de la clínica no de los familiares, luego si el niño sali[ó] sin el consentimiento del hospital es evidente la falta del mismo en brindar los cuidados necesarios y vigilar al paciente durante las intervenciones y con posterioridad a ellas. De lo anterior se infiere sin lugar a dudas[,] que la entidad que prestó el servicio no solamente está alegando su propia culpa o torpeza[,] sino que es claro que incumplió la obligación de cuidado y vigilancia del paciente, obligación que es de la esencia del contrato de prestación de servicios médicos”.*

4. Así las cosas, el sentenciador de primera instancia coligió, en primer lugar, la comprobación de *“la culpa de la entidad que prestó el servicio”* y, en segundo término, el fracaso de *“las excepciones de ausencia de culpa y resultado ajeno a la intervención de la clínica”.*

5. En relación con *“la excepción de falta de legitimación en la causa presentada por una de las demandadas”,* observó que *“la misma no es de recibo, porque est[á] acreditado[,] como ella misma lo confiesa[,] que la demandante estaba afiliada a dicha entidad, o mejor que existía el contrato de prestación de servicios médicos, para lo cu[al] contrat[ó] los servicios de la clínica que prestó el servicio directamente, así las cosas es claro que las dos entidades intervinieron en la producción del daño, por lo que según las*

reglas del Código Civil, son solidariamente responsables (...), lo que, *per se*, descarta la defensa de *“inexistencia de responsabilidad”*.

6. En definitiva, el *a quo* señaló que *“las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, toda vez que se acreditó que la causa del daño fue la actividad culposa de una de las demandadas”*, inferencia que lo condujo a determinar los perjuicios irrogados, lo que hizo en los siguientes términos:

6.1. De los documentos que militan en los folios 68 y siguientes, se establece el *“pago por valor de dos millones doscientos cuarenta y cuatro mil, los que actualizados conforme el IPC a la fecha de esta sentencia ascienden a tres millones seiscientos cincuenta mil pesos”*.

6.2. La certificación sobre el sueldo pagado a la persona que cuidaba al niño no es atendible, puesto que no indica *“el período[,] ni otro dato, por lo que al despacho le queda imposible entrar a establecer su monto, máxime cuando para estos efectos se requiere prueba técnica y el letrado que actúa en representación de los demandantes no lo solicitó”*.

6.3. Del mismo modo, *“no se demostró ninguna suma por concepto de lucro cesante”*.

6.4. El perjuicio moral se tasará de acuerdo con la incidencia del daño *“en la esfera particular de la persona”*; con la afectación que le causó en *“su comportamiento”* y *“sus sentimientos”*; con la generación de *“aflicción, soledad, (...)”*

abandono e incluso (...) repudio familiar o social”; y con “las circunstancias especiales que rodearon este proceso”.

7. Por último, sobre el llamamiento en garantía, el juzgado dedujo su fracaso, debido a que *“la acción es (...) estrictamente contractual y el contrato celebrado corresponde a una [p]óliza de [r]esponsabilidad extracontractual y una de las exclusiones es precisamente la responsabilidad en la que incurra la entidad asegurada producto de contratos –v[é]a[n]se folios 27 y siguientes C 3-”.*

LA APELACIÓN

Como ya se dijo, ambas partes propusieron dicha impugnación.

Por los alcances parciales de este fallo sustitutivo, según se explicará más adelante, basta aquí con referir los argumentos soportantes de la alzada introducida por los actores.

1. Escrito de formulación del recurso (fls. 236 a 238, cd. 1):

1.1. Circunscribieron el reproche al monto de los perjuicios, cuestión respecto de la cual observaron, de entrada, que erró el sentenciador cuando estimó que *“los perjuicios materiales, aun cuando se probó el daño, no fueron técnicamente cuantificados, pues pese a existir documentos que informan los gastos que demanda el cuidado y atención del*

menor, su demostración requería prueba técnica y esta no se solicitó ni se practicó”.

1.2. *“No es verdad que no se haya solicitado el dictamen pericial, pues oportunamente se pidió, cuestión diferente es que ni Medicina Legal ni el instituto Franklin Delano Roosvel[,]* a quienes se solicitó el dictamen, hubieran querido conceptuar”.

1.3. En el expediente obran *“recibos de pago y certificaciones de gastos mensuales y permanentes respecto de (...) [c]uidados dados al menor, pensión para la educación especial que requiere, transporte para recibir esta educación y terapias”,* atención que deberá brindársele por el resto de su vida, pues *“el daño es irreversible”.*

1.4. Así las cosas, mediante la realización de simples operaciones matemáticas se podía, y se puede, calcular tanto *“el valor de los cuidados y servicios ya causados”,* como *“el perjuicio material futuro”,* para lo cual debía tenerse en cuenta *“el índice de vida probable de los colombianos elaborada por las aseguradoras que constituye un hecho notorio a la luz de la Ley 446 de 1998 y de la Ley 794 de 2003”.*

1.5. *“Por otra parte, estando demostrado el daño irreversible y evidenciado que el menor requiere cuidados, educación y tratamiento especial y teniendo en cuenta que las demandada[s] FAMISANAR y CLÍNICA EL BOSQUE, tiene[n] por objeto prestar servicios médicos y asistencia en salud, sin necesidad de cuantificar el valor de los perjuicios se les puede condenar a la obligación de hacer[,]* consistente en prestar al

menor de por vida y sin necesidad de cuotas de afiliación o moderadoras, los servicios médicos, la atención especial que requiere, las terapias y transporte con ayudas mecánicas que requiere para lograr la mejor calidad de vida posible. Es esta otra forma de indemnizar los daños, no necesariamente mediante el pago de una suma de dinero”.

2. Alegato de segunda instancia (fls. 20 a 22, cd. 4):

2.1. En el proceso se demostró el daño irreversible ocasionado a Guillermo Alejandro Campo Rosero, que le ha impedido y le impedirá, de por vida, valerse por sí mismo, lo cual implica, correlativamente, que él deba depender de *“la ayuda de sus padres o de terceros”*, por requerir atención y educación especializada, que supone para aquéllos *“destinar buena parte de sus ingresos, para brindarle (...) los cuidados y ayudas que no habrían sido necesarias si (...) no hubiera sufrido el daño cerebral que se le produjo por la conducta de la parte demandada”*.

2.2. Milita en este asunto prueba documental y testimonial que da cuenta *“del costo mensual de esta ayuda externa, absolutamente necesaria e imprescindible para el menor”*.

2.3. Acreditados *“los gastos mensuales, como se reconoció en la sentencia que ahora se impugna, fácil resulta, por simple operación aritmética o financiera, establecer el monto de los perjuicios, no solo los que ya se consolidaron[,] sino los que se*

producirán durante toda la vida probable del menor, pues la situación dañina se prolonga[rá] en el tiempo”.

2.4. En tal orden de ideas, solicitaron que “*se modifique la sentencia, especialmente el numeral 3, pues allí se ordenó indemnizar solo el valor del perjuicio consolidado al momento de la presentación de la demanda (\$2’233.000.00) pero se omitió condenar por el perjuicio no consolidado, pero cierto, que se ha venido causando y se causará en el futuro, pues el daño, est[á] plenamente demostrado se prolongará en el tiempo. (...). Precisamente a partir del monto del daño ya consolidado es posible, (...), establecer, multiplicando por el n[ú]mero de meses (años) de vida probable del menor, (...) el monto del daño futuro pero cierto, pues se origina en una situación cierta y plenamente demostrada en el proceso. (...). Lo anterior, como lo precisa la jurisprudencia invocada, no exige de manera indispensable el dictamen de perito. (...). No obstante de manera muy respetuosa sugiero con fundamento en las facultades oficiosas del procedimiento civil y si esa honorable magistratura a bien lo tiene, se designe un perito que haga el cálculo actuarial del monto de la indemnización, teniendo en cuenta los parámetros debidamente acreditados en el expediente”.*

CONSIDERACIONES

I. Alcance del fallo.

1. Como ya se observó, el quiebre de la sentencia del *ad quem* derivó de la prosperidad del primero de los cargos que el menor demandante, como único recurrente en casación, propuso en el libelo presentado para sustentar

dicha impugnación extraordinaria, acusación en la que, con base en la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, denunció que tal proveído era incongruente, en la medida que no resolvió la acción en cuanto a él.

2. Ese alcance parcial de la casación, como es lógico entenderlo, determina que la labor que le compete a la Sala en el presente fallo de reemplazo, debe circunscribirse a definir los componentes respecto de Guillermo Alejandro Campo Rosero, sin que pueda, por lo tanto, ocuparse de cualquier aspecto de la controversia relacionado con los demás intervinientes en la misma.

II. La acción y las excepciones.

1. Si el Tribunal coligió la responsabilidad civil de las demandadas y ellas se abstuvieron de recurrir en casación su fallo, no cabe aquí efectuar ningún examen adicional al respecto, ni arribar a una conclusión diferente, pues se trata de una determinación firme en el proceso, que por su propia naturaleza, irradia sus efectos también en beneficio del citado actor.

2. Así las cosas, es del caso acoger lo expuesto por el sentenciador de segunda instancia y, por ende, reiterar que en el presente proceso, de un lado, se demostró la celebración del contrato base de la acción, esto es, el de prestación de servicios médicos que convinieron la señora Rocío Gaby Rosero Achinte y E.P.S. Famisanar Limitada; y,

de otro, se acreditaron satisfactoriamente los restantes elementos estructurales de la responsabilidad reclamada, puesto que de los dictámenes periciales rendidos en el curso de lo actuado, tanto por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Bogotá, como por el “Roosevelt Instituto de Ortopedia Infantil”, se desprende que la *“enfermedad padecida por el menor GUILLERMO ALEJANDRO CAMPO ROSERO se debió [a] ‘...la no adecuada atención del mismo, por parte de los facultativos de la clínica El Bosque, que permitieron [su] salida (...), sin diagnóstico, no se le revaloró después de obtener los resultados de las bilirrubinas e igualmente por la tardanza en la consulta del servicio de urgencias de la clínica, (...)”*.

3. Con ese planteamiento, como se aprecia, dicha autoridad dejó establecida tanto la culpa de las accionadas, como el nexo de causalidad entre su proceder y el perjuicio irrogado al infante, que, a su turno, quedó comprobado con la segunda experticia, toda vez que en ella se conceptuó que padece de *“una parálisis cerebral distónica[,] asociada a malformaciones musculoesqueléticas en diferentes niveles y a un déficit cognitivo severo”*; que el *“daño neurológico (...) es irreversible”*; y que las *“deformidades musculoesqueléticas (...) son de carácter progresivo”*, aspecto este de la controversia sobre el que la Sala volverá más adelante.

4. También deben respetarse las decisiones que el Tribunal adoptó respecto de los mecanismos defensivos propuestos por las accionadas, puesto que dichas determinaciones tampoco fueron cuestionadas por quienes

resultaron afectados con ellas, como a continuación se puntualiza:

4.1. El *ad quem*, en relación con los mecanismos defensivos alegados en el desarrollo procesal, resolvió que “[p]rospera parcialmente la excepción segunda formulada por la Clínica el Bosque, conforme se dijo en la parte considerativa, las demás no prosperan”.

4.2. Arribó a esa determinación, sustentado en que:

Conforme (...) los anteriores conceptos técnicos, estima la Sala que realmente la enfermedad padecida por (...) GUILLERMO ALEJANDRO CAMPO ROSERO, se debió [a] ‘(...) **la no adecuada atención del mismo, por parte de los facultativos de la clínica El Bosque, que permitieron [su] salida (...), sin diagnóstico, no se le revaloró después de obtener los resultados de las bilirrubinas e igualmente por la tardanza en la consulta al servicio de urgencias de la clínica, 8 días después de haber salido de la institución (...)**’, es decir existió una culpa compartida en el daño causado, por parte de la Clínica El Bosque S.A. y de los padres del menor, al permitir la primera darle de alta (...) sin diagnóstico, ni revaloración, una vez obtenidos los resultados de bilirrubinas y por parte de los padres, que a pesar de considerar la enfermedad que tenía (...) y no haber cambios favorables, debieron en forma inmediata llevarlo al centro médico para una valoración médica, por lo tanto, se considera que por ello, la Clínica es responsable en un 70% y los padres en un 30%, por cuanto se entiende que la primera es la Entidad con conceptos técnicos sobre el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades y ese es el objeto de su existencia, y los padres, como se dijo, no prestaron atención en forma inmediata al mal que aquejaba al menor Guillermo Alejandro (se subraya).

4.3. En frente del acogimiento solamente parcial de la excepción denominada “[p]resentación del resultado lesivo por circunstancias ajenas a la actuación de la ‘Clínica El Bosque’ S.A.”, que ésta propuso, dicha demandada no elevó ningún reparo, toda vez que, como se sabe, no recurrió en casación el fallo de segunda instancia.

A su turno, a los demandantes **ROCÍO GABY ROSERO ACHINTE** y **GUILLERMO CAMPO DORADO** se les negó la concesión de la impugnación extraordinaria que formularon para controvertir la sentencia del *ad quem*, razón por la cual, es del caso colegir que ellos tampoco combatieron, de forma atendible, ese pronunciamiento.

4.4. Y en cuanto hace a la desestimación de las restantes excepciones, su proponente nada dijo.

4.5. De lo expuesto se sigue, que las decisiones precedentemente comentadas, por no haber sido controvertidas por quienes tenían interés en ello, son igualmente firmes en el proceso y que, por lo mismo, resultan vinculantes, de modo que no pueden ser desatendidas por la Corte.

5. Recapitulando, la acción es próspera y, frente a ella, sólo tiene cabida la indicada excepción, con los alcances que fijó el Tribunal, esto es, que del daño irrogado al menor accionante son responsables, por una parte, las demandadas

en un 70% y, por otra, sus progenitores, los esposos Campo Rosero, en un 30%.

III. La indemnización de los perjuicios.

Como se infiere de lo expuesto, las aquí convocadas están llamadas a responder civil y solidariamente por los perjuicios experimentados por el menor demandante. Por lo tanto, se impone proseguir a su concreción y cuantificación.

1. El daño. Generalidades.

1.1. Como elemento estructural de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, el daño es *“todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad”*. Además, es el requisito *“más importante (...), al punto que sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna”* (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01).

1.2. Para que sea *“susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’”* (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879).

1.3. La condición de ser directo exige, en el caso de la primera de las dos clases de responsabilidad atrás

mencionada -contractual-, que él sea resultado de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno.

En el fallo atrás citado, la Corte añadió que *“cuando se pretende judicialmente el pago de perjuicios, al actor le corresponde demostrar, salvo los casos de presunción de daño, como ocurre con la cláusula penal y el caso del numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil, la lesión o menoscabo en su patrimonio, bien por una pérdida real y efectiva, ora de una ventaja o ganancia, ocasionado por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del deudor. Significa esto que el daño susceptible de reparación debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’”* (CSJ, SC *ib*; se subraya).

1.4. El otro requisito se refiere a la real existencia y veracidad del daño, temática respecto de la cual esta Corporación, entre muchos otros pronunciamientos, ha puntualizado:

*No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, **la certeza** del eslabón en comento, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. **De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento,** debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones*

admitidas por la ley o por la jurisprudencia (v. gr.: intereses moratorios). (...).

*Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, ‘repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil **no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado.** Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración’ (LVIII, pág. 113) (CSJ, SC del 25 de febrero de 2002, Rad. n.º 6623; negrillas fuera del texto).*

1.5. Cabe añadir que, en ningún caso, es dable confundir el daño mismo y su comprobación, con la indemnización y la prueba de su *quantum*.

Acaecida la vulneración del derecho o del interés protegido de la víctima y acreditada la ocurrencia de tal quebranto, imperioso es reconocer la presencia del daño y, por ende, la satisfacción de este elemento estructural de la responsabilidad, independientemente de que igualmente aparezca o no demostrada su magnitud económica.

Al respecto, se ha expuesto:

Sin embargo, una es la prueba del daño, o sea la de la lesión o menoscabo del interés jurídicamente tutelado, y otra, la prueba de su intensidad, del quantum del perjuicio.

De ahí que la doctrina haga alusión al contenido patrimonial del daño para referirse a su intensidad, es decir, a su valor en moneda legal (dinero), (...). Desde luego que demostrada la lesión como tal, la falta de la prueba de la intensidad para efectos de la cuantificación reparatoria, debe ser suplida por el juzgador de primera o segunda instancia, cumpliendo con el deber de decretar pruebas de oficio, de acuerdo con lo preceptuado para tal efecto por los incisos 1º y 2º del art. 307 del C. de P. Civil, so pena de incurrir en ‘falta sancionable conforme al régimen disciplinario’, pues dicho texto legal vedó como principio general, las condenas en abstracto o in genere (CSJ, SC del 9 de agosto de 1999, Rad. n.º 4897).

2. El caso concreto: la afectación psicofísica causada a Guillermo Alejandro Campo Rosero.

2.1. Según se desprende de la “*HISTORIA CLINICA NEONATAL*” que del citado actor milita en el expediente (fl. 206, cd. 2), él nació normal, toda vez así fueron calificados, de un lado, todos los ítems que conforman el “*EXAMEN FÍSICO*”; y, de otro, el “*EXAMEN NEUROLÓGICO*”, que ese documento registra, valoraciones que le fueron practicadas en los primeros momentos de su vida.

2.2. Siendo ese el punto del que se parte, se encuentra que en el dictamen pericial rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Bogotá, se clarificó que “*al paciente se le halló una bilirrubina total de 10.5 mg/dl que correspondería desde el punto de vista paraclínico a una ictericia grado I*”, pero que “*clínicamente exhibía, al parecer, un cuadro de ictericia grado III*”.

Con tal base, el experto que lo elaboró, precisó que el menor, en el momento en que se le dio de alta, “*se hallaba sin diagnóstico*” y que “[p]or el hallazgo clínico de ictericia grado III[,] (...) *debió dejarse hospitalizado, iniciar fototerapia de inmediato y pedir[se] un nuevo [examen de] bilirrubinas urgentes para mirar la tendencia con los resultados siguientes, se debe observar 8 horas, se rehemoclasifica, se debe continuar la leche materna, solicitarle TORSCH, investigar infección bacteriana, dismetabolía, glucosa sérica, coombs directo para descartar fenómeno inmune y luego uno indirecto, plaquetas, proteínas, frotis de sangre periférico para investigar anomalías de glóbulos rojos, descartar cefalohematoma. Además se le debe estudiar la etiología del bajo peso*”.

El médico legista acotó que “*de acuerdo [con] la evolución, dentro de las 8 horas siguientes, se debe tomar la decisión inmediata y salvatoria de exangiotransfusión para evitar la impregnación cerebral que genera severas secuelas neurológicas como sordera profunda, parálisis cerebral tipo espástico, retardo intelectual y dificultades de aprendizaje*” (se subraya).

Y concluyó que “*la atención de este paciente no fue adecuada por cuanto no se le hizo seguimiento a su patología, el paciente salió de la clínica sin diagnóstico [y] no se le revaloró después de obtener los resultados de las bilirrubinas*”, sin que se conozcan “*las circunstancias de orden asistencial o administrativo que motivaron esta inconsistencia*” (fls. 230 a 235, *ib.*).

2.3. A su turno, el “*Roosevelt Instituto de Ortopedia Infantil*”, en cumplimiento del decreto oficioso adoptado por el Tribunal, conceptuó que el niño padece de “[p]arálisis [c]erebral [d]istónica”, “[r]otoescoliosis toracolumbar” y “*compromiso cognitivo*”, enfermedades que le produjeron “*deformidades musculo-esqueléticas progresivas*” y un “*daño neurológico*” que “*no es reversible*”.

Del mismo modo, especificó que ese cuadro clínico provocó en el paciente “*discapacidad severa*”, “*limitación funcional motora fina y gruesa, limitación funcional de comunicación, limitación en la participación y roles sociales*” y que él, como resultado de todo ello, experimente “*una dependencia en sus actividades básicas y cotidianas de la vida diaria*” (fls. 93 y 94, cd. 4).

2.4. De la apreciación separada y, sobre todo, conjunta, de dichas pruebas, se colige la plena comprobación, en primer término, del daño mismo causado al menor accionante, esto es, de la grave afectación corporal y mental que padeció, ya descrita, así como de las notorias incidencias negativas que esas lesiones provocaron en sus habilidades físicas y cognitivas, al punto de no poder valerse por sí sólo, en la realización de las actividades más básicas de la vida cotidiana.

Y, en segundo lugar, de que dicho daño fue consecuencia directa del proceder omisivo con el que actuaron los médicos que atendieron al infante luego de su nacimiento, en particular, la pediatra María Mercedes

Archila Franco, toda vez que él salió del centro hospitalario sin diagnóstico, no se hizo seguimiento adecuado a la patología que desarrolló (*“cuadro de ictericia grado III”*) y no se ordenaron, ni practicaron, los procedimientos terapéuticos que servían para recuperar o restablecer su salud (*“fototerapia”*), o para prevenir las graves secuelas que podían derivarse del incremento excesivo de la bilirrubina en su organismo (*“exanginotransfusión”*).

2.5. Como ya se destacó, al memorarse uno de los fallos de esta Corporación que se reprodujo parcialmente, esas lesiones inferidas al cuerpo y a la mente de Guillermo Alejandro, son el daño mismo experimentado por él.

3. Significación jurídica. Vulneración del derecho a la salud.

3.1. La afectación sufrida por la citada víctima, pone en evidencia el ostensible e injustificado quebranto, por parte de las aquí accionadas, de su derecho a la salud, entendido como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento”* (Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993, citada en sentencia C-776 de 2010).

3.2. Si, como se dijo, Guillermo Alejandro nació normal, su derecho a la salud implicaba para él, de un lado,

conservar en esa condición tanto su integridad física y mental, así como la funcionalidad de su organismo; y, de otro, que frente a la enfermedad que desarrolló en sus primeros días de vida, se ejecutaran todas las medidas necesarias posibles, tendientes a la recuperación de ese estado.

3.3. Pero resulta que, como viene de analizarse, la muy deficiente atención médica brindada por los galenos que se ocuparon de su caso, implicó para él que no recuperara la normalidad de su salud, pese a ser ello factible; y, más aún, que se viera negativa, grave e irreversiblemente afectado en su cuerpo y en su mente, al punto de no poder efectuar, sin ayuda, las actividades concernientes con su propia subsistencia.

3.4. El derecho a la salud tiene pleno reconocimiento, y es objeto de especial protección, en la Constitución Política de 1991, toda vez que Colombia se constituyó como un Estado social de derecho fundado “*en el respeto de la dignidad humana*” (art. 1º), que reconoce “*sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona*” (art. 5º *ib.*) y que tiene como finalidad, entre otros objetivos, “*garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes*” que ese mismo estatuto superior prevé (art. 2º, inc. 1º, *ib.*), lo que explica que sus autoridades estén “*instituidas para proteger*” a todos los residentes en el territorio nacional “*en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales*

del Estado y de los particulares” (art. 2º, inc. 2º, ib.), sin que nadie pueda “ser molestado en su persona” (art. 28, ib.).

Se destaca, adicionalmente, que a voces del artículo 44 de la obra en cita, en el caso *“de los niños”*, la *“salud”* es uno de sus derechos fundamentales y que tal prerrogativa, como las demás del mismo linaje establecidas en favor de ellos, *“prevalece”* sobre las *“de los demás”*.

3.5. Desde el punto de vista meramente legislativo, se advierte que de conformidad con el numeral 3.5. del artículo 3º de la Ley 1438 de 2011, reformatoria de la Ley 100 de 1993, es *“obligación de la familia, el Estado y la sociedad en materia de salud, cuidar, proteger y asistir a las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva, a los niños, las niñas y adolescentes, para garantizar su vida, su salud, su integridad física y moral y su desarrollo armónico e integral”* (subrayas y negrillas fuera del texto).

3.6. No hay duda, pues, que el proceder culposo de las demandadas, provocante de las graves alteraciones físicas y psicológicas sufridas por el niño Campo Rosero, vulneró un derecho legítimo suyo, lo que traduce en relación con la responsabilidad civil demandada, la configuración del elemento daño, en sentido estrictamente jurídico.

4. La extensión del perjuicio. Efectos patrimoniales y extrapatrimoniales.

El daño, en general, y sobre todo, el que se irroga en la persona humana, mermándola en sus capacidades físicas y/o intelectivas, puede adquirir diversa connotación, según que sus efectos recaigan en el patrimonio de la víctima, ya sea porque provocan la disminución de los activos o el incremento del pasivo (daño emergente); ora debido a que impide la consecución de ganancias (lucro cesante).

Pero también puede ocurrir que las consecuencias de la conducta dañosa se materialicen en el ámbito puramente extrapatrimonial del afectado, lo que acontece cuando la incidencia se produce en derechos o intereses desprovistos de significación económica, como los sentimientos, las satisfacciones personales y las relaciones con los demás y/o con el entorno mismo.

Así las cosas, se impone a la Corte auscultar de qué tipo y magnitud fueron las secuelas patrimoniales y extrapatrimoniales que se derivaron para Guillermo Alejandro, del daño psicofísico a él infligido por las demandadas, lo que hará en capítulos separados, en procura de una mayor claridad.

5. El agravio patrimonial.

5.1. Lo pedido.

5.1.1. Como ya se indicó, en el escrito inaugural de la controversia se solicitó condenar a las accionadas a pagar a los gestores del litigio, entre ellos, al menor demandante, por

concepto de perjuicios materiales, comprendido el daño emergente y el lucro cesante, la cantidad de \$200.000.000.00 (pretensión cuarta, literal a), o la que resulte probada en el proceso (pretensión quinta), junto con la corrección monetaria causada hasta cuando se solucione tal obligación (pretensión quinta).

5.1.2. Explicaron los actores, que tal reclamación comprendía los siguientes ítems: “1. *Gastos médicos y hospitalarios no cubiertos por el P.O.S.* 2.- *Gastos de transporte y movilización.* 3.- *Pérdida de la actividad laboral productiva para atender las necesidades del menor.* 4.- *Costos médicos y hospitalarios futuros.* 5. *Costos por atención en instituciones especiales, terapia especial y educación del menor.* 6. *Costos de tratamiento en exterior y* 7. *Lucro cesante, por la pérdida de la capacidad laboral productiva del menor* **GUILLERMO ALEJANDRO CAMPO ROSERO**”.

5.2. Clasificación.

5.2.1. A términos del artículo 1613 del Código Civil, “[l]a indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante”, entendiéndose, según el artículo 1614 de la misma obra, por el primero, “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento” y, por el segundo, “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia” de similares circunstancias.

5.2.2. En palabras de la Corte, “(...) [e]l daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los

desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento del pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad; en tanto que el lucro cesante, cual lo indica la expresión, está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirían luego, con el mismo fundamento de hecho’, como ha sido el criterio de esta Corporación (Se subraya. Sent. del 29 de septiembre de 1978)” (CSJ, SC del 28 de junio de 2000, Rad. n.º 5348).

6. Los gastos en que habrá de incurrir la víctima para enfrentar el daño a la salud que le fue irrogado.

6.1. Tanto el daño físico, como el mental, causado a Guillermo Alejandro, es irreversible; más aún, el primero, es progresivo.

De allí se infiere que él, de por vida, requerirá de tratamiento especial y de la ayuda de una persona en sus actividades cotidianas.

Así se dictaminó en el “*INFORME MULTIDISCIPLINARIO*” rendido por el “*SERVICIO DE MEDICINA FAMILIAR*” de la “*SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ*”, “*HOSPITAL DE SAN JOSÉ*” (fls. 205 a 211 precedentes), en atención al decreto oficioso de pruebas efectuado por la Corte, trabajo en el que se consignaron, entre otras, las siguientes recomendaciones y apreciaciones:

Se sugiere que el paciente continúe con el tratamiento de rehabilitación integral, con valoraciones semestrales del

equipo interdisciplinario con el fin de determinar la continuidad de este manejo, sobre todo, en el aspecto motor (Fisioterapia). En cuanto al área cognitiva, manejo dado por terapia ocupacional, fonoaudiología y educación especial, el seguimiento será de por vida.

Consideramos una etapa prudencial, para el logro y adquisición de algunas funciones motoras nuevas, hasta el cumplimiento de los 21 años de edad, pero no hay evidencia científica al respecto, esto es una proyección de posibles avances en la ejecución del plan de manejo.

La tarifa institucional para el año 2013 en la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital de San José por sesión de terapia es de \$19.800. Para estos casos se sugieren 10 sesiones al mes, por cada una de las áreas para un total de 30 sesiones de terapia integral, distribuidas en 2 horas al día, dos a tres veces a la semana, en Fisioterapia, terapia ocupacional y fonoaudiología lo cual da un valor mensual de \$594.000.

(...)

El seguimiento médico integral del paciente durante toda su vida lo debe realizar un médico especialista en medicina familiar, que además de evaluar y manejar las patologías que presenta el paciente, gestiona el riesgo individual y familiar a través de la aproximación biopsicosocial del ciclo vital en que se encuentra y articula a su vez el trabajo multidisciplinario en beneficio del paciente y su entorno social. Este especialista es quien determinará la necesidad y pertinencia de interconsultar a otras especialidades médicas y servicios, dependiendo de las condiciones encontradas en cada seguimiento. Se recomienda una valoración médica integral cada seis meses.

El costo institucional para el seguimiento por Medicina Familiar de la Sociedad de Cirugía de Bogotá – Hospital de San José, para el año 2013 es de \$45.600 por consulta y en un año es de \$91.200.

En la complementación de esa experticia, que milita del folio 231 al 235 del cuaderno de la Corte, se puso de presente que el paciente *“requiere de cuidador permanente”*, como quiera que necesita *“asistencia”* en *“todas las actividades de la vida diaria, como: ir al baño, alimentarse, vestirse, caminar y desplazarse, requiriendo el uso permanente de silla de ruedas”*.

6.2. Los valores de atención indicados en la comentada experticia, no obstante estar referidos al año 2013, guardan armonía con los señalados en las otras pruebas ordenadas por esta Corporación.

Véase cómo el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en relación con la atención *“de los niños, niñas[,] adolescentes y personas con discapacidad severa”*, informó los siguientes costos mensuales para el año 2011 (fls. 98 a 100, cd. 5):

“Externado para discapacidad”, que corresponde a *“un servicio especializado de protección que se presta durante 4 horas al día, durante los días hábiles del mes”*, la suma de \$563.159.00.

“Seminternado para discapacidad”, que es *“un servicio especializado de protección que se presta durante 8 horas al día, durante los días hábiles del mes”*, el monto de \$700.627.00.

“Internado para discapacidad”, en el que se brinda *“un servicio especializado de protección que se presta durante 24*

horas al día, los siete días de la semana”, la cantidad de \$1.115.479.00.

A su turno, la entidad “*SUPERAR*”, “*CENTRO DE EDUCACIÓN ESPECIAL Y REHABILITACIÓN*”, a la que asistió el menor demandante desde marzo de 1999 hasta noviembre del 2000, certificó que el costo pagado en el año 2010 por pacientes particulares, fue el siguiente: “*MATRÍCULA Y MATERIAL TERAPÉUTICO: \$850.000. TRANSPORTE Y TRATAMIENTO MENSUAL: \$650.000*” (fls. 102 a 105 que anteceden).

6.3. Se concluye, pues, que es admisible la estimación del costo de la atención especial requerida por Guillermo Alejandro Campo Rosero que efectuó la “*SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ – HOSPITAL DE SAN JOSÉ*” para el año 2013 en la suma de \$7.219.200.00, equivalente a \$601.600.00 mensuales.

Traída a valor presente, con aplicación de la fórmula **Sa = Sh X Índice final / Índice inicial**, conforme la cual la suma actualizada (**Sa**) es igual a la suma histórica (**Sh**) multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes hasta el que se va a realizar la actualización (**índice final**) dividido por el índice de precios al consumidor del mes del que se parte (**índice inicial**), se tiene:

Sh: \$601.600.00.

Índice inicial: 113,98254 (diciembre de 2013)

Índice final: 127,77754 (enero de 2016)

Al respecto, debe recordarse que los referidos guarismos son un hecho notorio, que no requiere de prueba en el proceso (art. 177, inciso 2º, C. de P.C.).

En definitiva, se establece:

$Sa = \$601.600.00 \times 127.77754 / 113,98254$, lo que arroja el monto de \$674.410.02.

6.4. A la anterior cantidad debe sumarse la remuneración de la persona que brinde asistencia al citado accionante, que no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, es decir, \$689.954.00.

Totalizan los gastos mensuales para la atención de la salud del actor, en el presente año de 2016, el valor de \$1.363.865.02 (\$674.410.02+ \$689.455.00).

6.5. Ahora bien, como esos gastos son sumas que habrá de pagar el demandante periódicamente, cuyo resarcimiento lo efectuarán en forma anticipada las accionadas, para el cálculo definitivo del rubro en cuestión es aplicable una fórmula similar a la que sirve para el cálculo del lucro cesante futuro, así:

$$VA = GMA \times Ra.$$

Donde “**VA**” es el valor de los gastos de atención en salud futuros; “**GMA**” el de los gastos mensuales; y “**Ra**” el

descuento por pago anticipado, que se determina con la siguiente ecuación:

$$\mathbf{Ra = \frac{(1+i)^n - 1}{i (1+i)^n}}$$

El factor “**i**” representa los intereses del 6% anual, expresados financieramente (0.004867); y “**n**” el número de meses de la liquidación.

6.6. El período de la misma, será toda la vida probable de Guillermo Alejandro desde la fecha de este fallo, que conforme las tablas de supervivencia expedidas mediante la Resolución No. 1555 del 30 de julio de 2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia, corresponde a 61.9 años o, lo que es lo mismo, 741 meses (factor para las personas con una “*edad actuarial*” de 18 años).

6.7. Por consiguiente, queda así la respectiva operación:

$$VA = \$1.363.865.02 \times \frac{(1 + 0.004867)^{741} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{741}}$$

$$\mathbf{VA = \$266.000.494.47.}$$

6.8. En definitiva, se concluye que los gastos de atención en salud futuros ascienden a la cantidad de **\$266.000.494.47.**

6.9. De ese valor, se impondrá como condena a cargo de las demandadas solamente el 70%, habida cuenta los efectos de la excepción que se reconoció parcialmente, esto es, la suma de **\$186.200.346.13**.

6.10. Resta advertir que no hay lugar a reconocer ningún monto, por concepto de tales gastos causados con anterioridad a la fecha de este fallo, pues se entiende que los mismos fueron asumidos por los progenitores del niño, en relación con quienes no cabe aquí hacer pronunciamientos.

7. Lucro cesante.

7.1. El daño resarcible, como ya se puntualizó, en todos los casos, debe ser cierto, premisa igualmente aplicable al supuesto de las ganancias futuras, malogradas como consecuencia del hecho culposos.

La Corte, de vieja data, tiene sentado que “[t]anto la jurisprudencia como la doctrina admiten que el perjuicio debe ser reparado en toda la extensión en que sea **cierto**. No sólo el perjuicio actual es cierto, sino también el perjuicio futuro; pero no lo es el perjuicio simplemente hipotético. La jurisprudencia califica el perjuicio futuro de **cierto** y ordena repararlo, cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual” (CSJ, SC del 29 de mayo de 1954, G.J. T. LXXVII, pág., 712; se subraya).

En tiempo más reciente observó que “el daño puede proyectarse hacia el futuro a condición de que haya motivos

suficientes para esperar su ocurrencia; ello obedece a que la obligación actual de reparar el daño a cargo de quien es civilmente responsable debe comprender la indemnización de todos los perjuicios que haya sufrido o pueda sufrir la víctima que provengan de la culpa que se le imputa al demandado, lo cual incluye aquellos que no se presentan de manera inmediata sino después, pero de los que existe la certeza de que sobrevendrán. (...). Otra cosa es que el perjuicio futuro pueda ser cierto, o eventual o incierto: el primero se configura si hay una probabilidad suficiente de su suceso; el segundo, si ésta no se presenta y por lo mismo puede acaecer o no; únicamente aquél puede ser objeto de resarcimiento, toda vez que justamente hay motivos valederos para prever que su llegada posterior va a afectar necesariamente el patrimonio de la víctima; por contera, no puede ser considerado como una mera expectativa” (CSJ, SC del 10 de septiembre de 1998, Rad. n.º 5023; se subraya).

Luego reiteró, que “el daño objeto de reparación debe ser cierto, pero no necesariamente debe ser actual, porque el daño cierto y futuro, como igualmente se ha sostenido, también es indemnizable, tal como ocurre con las lesiones o secuelas que afectan la integridad física personal y exigen una atención médica o quirúrgica. Estas lesiones o secuelas son el daño mismo, por ende cierto. Desde luego que el daño futuro, cierto e indemnizable es tal en tanto sea susceptible de evaluación en el momento en que se formula la pretensión y sea desarrollo de un daño presente. En cambio no es reparable el perjuicio eventual o hipotético, por no ser cierto o no haber ‘nacido’, como dice la doctrina, dejando a salvo los eventos de pérdida de una probabilidad. De manera que es necesario no confundir el perjuicio futuro cierto con el eventual o hipotético, (...). En consideración a lo expuesto, aparece claro que las lesiones

producidas en la integridad física de una persona son indemnizables con independencia de que haya habido o no atención médica y la erogación económica correlativa, pues se dan las condiciones que el daño debe reunir para que sea indemnizable, cuales son la afección de un interés propio (la integridad física personal, para el caso), que sea cierto y que no haya sido reparado, además de la posibilidad avaluativa, que para el caso es el costo de la atención médica (CSJ, SC del 9 de agosto de 1999, Rad. n.º 4897; se subraya).

7.2. De suyo, pues, que para reconocer la indemnización del lucro cesante futuro es necesario, de un lado, estar en presencia de una alta probabilidad de que la ganancia esperada iba a obtenerse y, de otro, que sea susceptible de evaluársele concretamente, sin que ninguna de esas deducciones pueda estar soportada en simples suposiciones o conjeturas, porque de ser así, se estaría en frente de una utilidad meramente hipotética o eventual.

La Sala de Negocios Generales de esta Corporación, mediante sentencia del 20 de noviembre de 1943, respecto de las graves lesiones corporales sufridas por los “hermanos Valencia”, de 14 y 12 años de edad para el momento en que tuvieron ocurrencia los hechos que se las ocasionaron, revocó la condena al pago de perjuicios materiales que en favor de ellos se había impuesto en primera instancia, soportada en los siguientes fundamentos:

¿Pero cuáles deben ser, en el presente caso, las bases concretas de evaluación de daños patrimoniales? En sentir de la Sala el caso contemplado no las suministra. Y por esta

circunstancia los peritos no obstante la sagacidad y brillantez de su exposición, se encontraron impotentes para dar un avalúo siquiera aproximado a la realidad objetiva.

Los jóvenes Valencia son menores de edad que en la fecha del accidente cursaban estudios de segunda enseñanza. No estudiaban todavía ninguna profesión ni arte lucrativos. Ellos nada producían en el sentido económico. Estaban sostenidos por sus padres, sobre quienes sí tuvieron que recaer graves daños de todo género, que la Corte no puede entrar a estudiar por el inconveniente legal apuntado al comenzar esta sentencia -no apelaron el proveído de primera instancia, se aclara-. Su vida era la del estudiante de segunda enseñanza respecto del cual es aventurado predecir la profesión que va a elegir o la actividad de donde devengará el sustento de la vida. Menos podrá afirmarse que en tal profesión o en tal otra actividad obtendrán determinadas ganancias. Toda hipótesis en el particular pertenece al mundo del futuro en que el porvenir de las personas está envuelto por la densa niebla del misterio.

(...)

El daño futuro es indemnizable a condición de que en el momento presente resulte cierto que se realizará. Es inadmisibles conceder reparación por pérdidas puramente futuras. Cualquier base que se fije será necesariamente producción de la fantasía. Que el sujeto lesionado hará en el futuro esto o aquello, que obtendrá ganancias en actividades y en formas determinadas, es una incógnita que nadie tiene el poder de adivinar. De consiguiente para que el perjuicio futuro sea evaluable requiere que aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual susceptible de estimación inmediata.

El que tiene una profesión u oficio: abogado, médico, agricultor, mecánico, etc., ejerce una actividad productiva cuyos rendimientos actuales se conocen más o menos exactamente. Muerta la persona o inutilizada total o parcialmente para seguir trabajando y explotando la ocupación de que vivía, la ganancia o utilidad futura de la víctima o del lesionado es susceptible de cálculo y por ende de evaluación, teniendo por base cierta la utilidad actual.

Mas el que todavía carece de ocupación u oficio productivo, como el menor de edad, que apenas está recibiendo los primeros grados de instrucción, y que ni siquiera ha elegido la profesión u oficio a que consagrará su actividad económica, no ofrece elementos que sirvan para determinar las pérdidas patrimoniales que en el porvenir recibirá como consecuencia de una relativa incapacidad. Nadie puede asegurar que la desfiguración de la cara o el defecto funcional de algún órgano, le acarreará determinada pérdida concreta y cierta de dinero. ¿Que la incapacidad le será fuente de grave quebranto moral? Convenido. Por ello se tratará de buscar el camino o la medida que satisfaga aproximadamente el daño moral. Y que la incapacidad seguramente le creará al sujeto en el futuro escollos y dificultades que se irán a traducir en pérdida de oportunidades económicas y en inferioridad de aptitudes para ganarse la vida y el sustento en campos que, por causa de las lesiones sufridas, le quedarán prohibidos? Nadie se atreverá a negarlo. Mas lo difícil o lo imposible es adivinar cuál va a ser ese campo vedado y cuáles serán las frustradas oportunidades (G.J. T. LVII, págs. 234 a 242; se subraya).

De manera más próxima, esta Sala de la Corte, siguiendo esa misma línea de pensamiento, en el caso del fallecimiento de un menor de 9 años de edad, coligió la improcedencia del lucro cesante pedido por sus progenitores, sobre la base de que “la víctima no estaba recibiendo ningún ingreso económico al momento de su muerte” y que “su corta o exigua edad impedía (...), como lo entendió sin duda el Tribunal, abrigar la posibilidad de dar cabida siquiera, como tema a considerar, al fenómeno de la ‘pérdida de oportunidad’, pues en verdad, ante tal circunstancia, el perjuicio seria meramente hipotético o eventual, es decir ubicado en el campo de lo incierto” (CSJ, SC del 12 de septiembre de 1996, Rad. n.º 4792).

Posteriormente insistió en el mismo criterio, al expresar:

Quiere decir lo anterior que los perjuicios que son motivo de examen se reducen a dos: unos materiales, consistentes en el lucro cesante que se origina por la muerte temprana de la menor (...), ante la potencialidad productiva que se esperaba de ella dadas las condiciones de vida en que se desarrollaba su existencia; y morales subjetivos (...).

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

7.3. En el caso presente, forzoso es reiterar el criterio esbozado precedentemente, habida cuenta que las lesiones irrogadas a Guillermo Alejandro tuvieron ocurrencia a los pocos días de nacido, esto es, cuando nada permitía avizorar que él pudiese llegar en el futuro a percibir ingresos económicos y, mucho menos, la cuantía de los mismos.

7.4. La sola existencia de la persona humana, no permite aseverar que ella, en un momento dado de su vida, la mayoría de edad o cualquier otro, fuera a ser económicamente productiva y, mucho menos, calcular el monto de los réditos que hubiera percibido.

7.5. Llegados a este punto, pertinente es memorar que “[e]n tratándose del daño, y en singular, del lucro cesante, la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión”; y que “la jurisprudencia de esta Corte cuando del daño futuro se trata y, en particular, del lucro cesante futuro, ha sido explícita ‘en que no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho’, acudiendo al propósito de determinar ‘un mínimo de razonable certidumbre’, a ‘juicios de probabilidad objetiva’ y ‘a un prudente sentido restrictivo’ cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del lucro cesante y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daño en la medida en que obre en autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas

demostradas con el rigor debido' (cas. civ. sentencia de 4 de marzo de 1998, exp. 4921)" (CSJ SC del 9 de septiembre de 2010, Rad. n.º 2005-00103-01; se subraya).

7.6. Como ya se hizo notar, en el escrito inaugural de la controversia, la única justificación que se dio en torno del lucro cesante solicitado para Guillermo Alejandro, fue que correspondía a *"la pérdida de [su] capacidad laboral productiva"*, mención de la que no se desprenden bases suficientes y, mucho menos concretas, para evaluar su factibilidad y, especialmente, su extensión económica.

7.7. El comentado planteamiento, por ende, se acerca más a la formulación de un mero *"sueño de ganancia"*, que por ser hipotético y eventual, no es susceptible de resarcimiento, de lo que se sigue la improcedencia del analizado pedimento.

8. Los perjuicios extrapatrimoniales.

8.1. La petición.

A ese respecto, en la demanda se reclamó su reconocimiento por un valor *"equivalente DOS MIL GRAMOS ORO para cada uno de los padres"*, sin que se hiciera ninguna mención especial a los sufridos por Guillermo Alejandro.

8.2. Modalidades.

8.2.1. En tratándose de esta clase de daño, propio es notar que él puede materializarse, de un lado, en el ámbito puramente interior de la víctima, ocasionándole dolor, frustración, impotencia o hiriendo su autoestima, entre muchas hipótesis más; y, de otro, en el campo de su vida exterior, restringiendo su interacción con las demás personas, con las cosas del mundo y/o, en general, con el entorno.

8.2.2. Sobre los perjuicios en precedencia señalados, la Corte tiene dicho que aquellos *“se identifica[n] con la noción de daño moral, que incide o se proyecta en la esfera afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc.”*; que los otros vienen a ser *“el denominado daño a la vida de relación, que se traduce en afectaciones que inciden en forma negativa sobre [la] vida exterior, concretamente, alrededor de [la] ‘... actividad social no patrimonial ...’ (...)”*; y que si bien es verdad que esas *“categorías, (...) recaen sobre intereses, bienes o derechos que por su naturaleza extrapatrimonial o inmaterial resultan inasibles e inconmensurables, en todo caso, ello no impide que, como medida de satisfacción, el ordenamiento jurídico permita el reconocimiento de una determinada cantidad de dinero, a través del llamado arbitrium judicis, encaminada, desde luego, más que a obtener una reparación económica exacta, a mitigar, paliar o atenuar, en la medida de lo posible, las secuelas y padecimientos que afectan a la víctima”* (CSJ, SC del 13 de mayo de 2008, Rad. n.º 1997-09327-01).

8.2.3. En ese mismo fallo, se añadió:

(...) Pues bien, las circunstancias que se derivan del orden constitucional vigente, y la preocupación que, desde siempre, ha mostrado la Corte por adecuar su actuación a los cambios jurídicos, sociales o económicos, y garantizar en forma cabal y efectiva la observancia de los derechos fundamentales de las personas, ameritan que la Sala deba retomar la senda de lo que otrora se determinó, para ocuparse nuevamente del estudio del daño a la persona y, en particular, de una de las consecuencias que de él pueden derivarse, cual es el daño a la vida de relación.

Se trata de una institución estructurada y desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina foráneas, en especial la italiana, en torno de la cual, de tiempo atrás, se expresaba: ‘Todavía más fuerte y viva se muestra dicha exigencia en el intento realizado por la doctrina reciente, de configurar un caso típico de daño personal, el inferido a la integridad física, traspasando el límite hasta ahora respetado, de las consecuencias de carácter típicamente patrimonial. La cuestión es que tales lesiones, aún en el caso más interesante que es cuando no se presentan esas consecuencias patrimoniales (como en el ejemplo del sujeto que no tiene ingresos), constituyen siempre un daño y más precisamente, implican un perjuicio a la vida asociada, o como se suele decir, a la vida de relación. En efecto, el lesionado viene a perder en todo o en parte, por un período más o menos largo, o inclusive por toda la vida, la posibilidad de dedicarse a esa vida de relación (vida social, deportiva, etc), con todo el cúmulo de satisfacciones y placeres que ella comporta, y sufre así un daño que también merece ser tenido en cuenta’ (Scognamiglio Renato, El daño moral - Contribución a la teoría del daño extracontractual, Bogotá, 1962, pág. 22).

En la actualidad, algunos autores también lo definen como ‘... el daño que sufre un sujeto a consecuencia de una lesión a su integridad psicofísica o a la salud, consistente en la disminución de las posibilidades de desarrollar normalmente su personalidad en el ambiente social ...’ (Bianca C. Massimo, Diritto Civile, V, La Responsabilità, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 184).

Como se observa, a diferencia del daño moral, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el daño a la vida de relación 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’.

Dicho con otras palabras, esta especie de perjuicio puede evidenciarse 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. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. 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 (ibídem).

8.3. Perjuicio moral, propiamente dicho.

8.3.1. En el caso del accionante sobre el que versa este fallo, por tratarse de la víctima directa de la deficiente atención médica endilgada a la Clínica El Bosque S.A. y, por

ende, de los enormes daños corporales y psicológicos que, como consecuencia de ese defectuoso comportamiento, le sobrevinieron, es innegable el perjuicio moral que se le ocasionó y la magnitud del mismo, que guarda proporción con todas las limitaciones detalladas en aparte anterior de este fallo.

8.3.2. Además se aprecia, como circunstancia agravante del perjuicio en examen, el hecho de que el daño a la salud irrogado al niño Campo Rosero se patentizó a los pocos días de su nacimiento, eventualidad de la que se extracta que él, desde entonces, viene afectado por las enfermedades que padece y que estará incidido por ellas durante toda su existencia, en tanto son irreversibles y progresivas.

8.3.3. De lo expuesto, al tiempo, se infiere, para decirlo con extrema brevedad, que el nombrado actor, durante toda su vida, ha estado y estará, acompañado de sentimientos de tristeza, pesadumbre, impotencia, carencia y de inferioridad, por solo mencionar algunos, a título de ejemplo.

8.3.4. Así las cosas, estima la Corte que en este caso particular, para indemnizar el perjuicio moral, debe fijarse una suma muy próxima al máximo que tiene definido como tal, que ascenderá a la cantidad de \$50.000.000.00.

8.3.5. De ese valor, solamente se impondrá a las accionadas el 70% (\$35.000.000.00), que es el porcentaje en el que se fijó su responsabilidad.

8.4. Daño a la vida de relación.

8.4.1. Tratándose de un perjuicio autónomo, según lo dejó definido la Corte en la sentencia anteriormente mencionada y lo ratificó en fallo posterior, al decir que *“el denominado ‘daño a la vida de relación’ (...) tiene una entidad jurídica propia y, por ende, no puede confundirse con otras clases de agravios que posean alcance y contenido disímil, ni subsumirse en ellos”* (CSJ, SC del 20 de enero de 2009, Rad. n.º 1993-00215-01), cabe examinar la procedencia de su reconocimiento en el caso *sub lite*.

8.4.2. Si bien es verdad que en la demanda con la que se dio apertura al litigio, como ya se registró, se solicitó que se condenara a las demandadas a pagar *“los perjuicios morales”* causados a los demandantes, sin hacer mención expresa a la específica modalidad que ocupa ahora la atención de la Sala, también lo es que en dicho libelo se solicitó imponer a las accionadas el *“pago de las sumas que resulten necesarias para la plena indemnización de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes”* (se subraya) y que, como fundamento fáctico de ello, se adujo que *“[a] medida que se practicaban los diferentes exámenes, se hacía más evidente el daño causado al beb[é], que le impedía un desarrollo normal”*.

8.4.3. Con apego al análisis que ya se hizo del artículo 44 de la Constitución Política, es del caso añadir que dicho precepto, así como el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, se erigen en criterio obligado al aplicar las normas

disciplinantes de la responsabilidad civil, cuando, como consecuencia de un hecho dañoso, resulte comprometido el derecho a la salud de un menor de edad, toda vez que en dicho supuesto, se impone adoptar todas las medidas que sean necesarias, para dispensarle a la víctima la reparación integral de la totalidad de los perjuicios que le fueron irrogados.

De ello se sigue, que es viable interpretar las referidas manifestaciones del escrito inaugural de la controversia, en el sentido de entender, que fue el propósito de Guillermo Alejandro Campo Rosero obtener la reparación también del daño a la vida de relación.

8.4.4. Al respecto, ya tiene dicho esta Corporación que:

Del estudio de la demanda en conjunto, esto es mirando en forma integral sus pedimentos y la situación fáctica expuesta como sustento de los mismos, advierte la Sala que el actor busca el resarcimiento del perjuicio extrapatrimonial causado, no sólo en la modalidad de agravio moral, sino también en la de ‘daño a la vida de relación’, en cuanto que, además de aludir en las súplicas a la nomenclatura genérica de éstos, precisó en los hechos que los perjuicios irrogados continuarán de por vida, (...).

No de otra manera puede entenderse que el demandante en el mentado escrito aduzca haber padecido lesiones físicas y perturbaciones funcionales que comportan la alteración de sus condiciones de vida, pues tal manifestación refleja su intención de buscar la reparación integral del perjuicio que asegura le fue irrogado. Esa interpretación lógica del referido libelo acompasa con el alcance que inconfundiblemente se desprende de sus términos, amén que atiende los principios de reparación integral y equidad,

cuya observancia en la valuación del daño impone el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Y es que el ordenamiento procesal no impone señalar en determinada parte de la demanda o con palabras sacramentales sus designios, sino que basta que ellos afloren francamente de su texto (CSJ, SC del 20 de enero de 2009, Rad. n.º 1993 00215 01).

8.4.5. Es ostensible que por las graves e irreversibles lesiones que se le provocaron al menor, él, en lo que hasta ahora ha transcurrido de su existencia y en lo que le falta, no ha podido, ni podrá, llevar una vida siquiera cercana a lo normal, pues está impedido para realizar, incluso, las actividades más básicas en el desempeño humano, como caminar, hablar, comer, aprender, trabajar, etc.

De esa situación se infiere que a Guillermo Alejandro se le privó de la posibilidad de relacionarse satisfactoriamente con los miembros de su propia familia y, en general, con las demás personas y con el entorno, de modo que ni ahora ni nunca, le será dable jugar con otros, practicar un deporte, recibir educación formal, capacitarse, enamorarse o conformar una familia, situaciones que, entre otras muchas más, son las que hacen la vida placentera.

8.4.6. En tal orden de ideas, hay lugar a reconocer en favor suyo la indemnización por el daño a la vida de relación, que por la magnitud y trascendencia del mismo, amerita una condena por una suma igual a la del daño moral (\$50.000.000.00).

8.4.7. A ese monto también se aplicará la reducción del 70% para fijar el valor de la indemnización a cargo de las demandadas.

IV. Conclusiones.

Como la sentencia de segunda instancia fechada el 25 de septiembre de 2008, incluida la adición y aclaración que a ella se le hizo, mediante providencia del 5 de diciembre de ese mismo año, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, alcanzó firmeza frente a los intervinientes en el litigio, excepción hecha del menor demandante, la Sala reproducirá en lo pertinente tales pronunciamientos, en el entendido que esas determinaciones son vinculantes para aquéllos

En cuanto hace a GUILLERMO ALEJANDRO CAMPO ROSERO, adoptará la decisión que en frente de las excepciones propuestas acogió el Tribunal; y confirmará en lo restante el proveído de primera instancia, con modificación de los puntos tercero y cuarto de su parte resolutive, en cuanto a las condenas allí impuestas a las demandadas, a efecto de imponer como tales las siguientes sumas de dinero, liquidadas con fecha de corte el 31 de enero de 2016: por gastos futuros de atención de su salud, **\$186.200.346.13**; por perjuicios morales subjetivos, **\$35.000.000.00**; y por daño a la vida de relación, **\$35.000.000.00**.

Los valores anteriores no desbordan lo pedido en la demanda, pues si bien es verdad que en ella se indicaron unas específicas cantidades, también lo es que en la pretensión quinta se solicitó que las condenas se impusieran por las sumas *“que resulten demostradas en el proceso, aplicándoseles la corrección monetaria que sea necesaria para actualizar su poder adquisitivo al momento de cumplirse la sentencia”*.

La corrección monetaria del primer rubro antes mencionado, causada y que se cause desde el 1º de febrero del año en curso hasta la fecha del pago, deberá hacerse en la forma indicada en el inciso final del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y siguiendo las pautas que para su liquidación fijó aquí la Corte.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en sede de segunda instancia,

RESUELVE:

Primero: En relación con los demandantes señores **ROCÍO GABY ROSERO ACHINTE** y **GUILHERMO CAMPO DORADO**; las demandadas **E.P.S. FAMISANAR LIMITADA** y **CLÍNICA EL BOSQUE S.A.**; y la llamada en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.**, se dispone:

1. “**CONFIRMA[R]** los numerales **5** y **6**; **MODIFICA[R]** los numerales **1**, **2**, **4** y **7**, los cuales quedarán: **1.-** Prospera parcialmente la excepción segunda formulada por la Clínica el Bosque, conforme se dijo en la parte considerativa, las demás no prosperan; **2.- Ambas partes son culpables de los perjuicios causados y que son materia del proceso**, conforme porcentajes indicados en la parte motiva; **4.-** La cuantía de los perjuicios morales, queda conforme a lo dicho en la parte motiva; **7.-** La condena en costas en ambas instancias será del porcentaje fijado en la parte considerativa, y **REVOCA[R]** el numeral 3º, en el cual se dispone **absolver** por lucro cesante a los demandados, de la sentencia materia de impugnación proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, el día 29 de junio de 2005 (...)” en el presente proceso.

2. “Aclarar la sentencia (...) de 25 de septiembre de 2008, visible a folios 134 a 168 del cuaderno 4, en la forma consignada en la consideración de la presente providencia”, esto es, la fechada el 5 de diciembre de 2008, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil.

3. “Complementar el numeral ‘2.-’ de la sentencia de 25 de septiembre de 2008, en el sentido de que los perjuicios a que se refiere la condena impuesta a las dos partes, incluye la entrega que deben hacer al menor Guillermo Alejandro Campo Rosero de una ‘silla de ruedas adaptada con ortesis de sedestación con flexión de cadera 100 grados con respecto horizontal, con base y apoyo plantar’, que será ‘la cotizada el 25 de abril de 2008, que aparece a folio 70 del cuaderno 4 o una silla de ruedas eléctrica estándar con las respectivas adaptaciones conforme lo informó el Director del

Instituto en escrito del 4 de septiembre de 2008, visto a folios 131 y 132 del cuaderno No. 4, en una plazo máximo de un mes’.

“Tal suministro operará de la siguiente manera: las partes deberán asumir el costo de la silla en la proporción señalada, a efecto de lo cual la parte demandada depositará a órdenes del Juzgado de conocimiento el porcentaje correspondiente (f. 70, c. 4), para que sean los demandantes quienes como padres del menor adquieran la silla, con el aporte del porcentaje a su cargo”.

4. *“Se niega la complementación en materia de costas, puesto que dicha decisión fue expresamente adoptada en el numeral 7º de la sentencia”.*

Segundo: Frente al menor demandante **GUILLERMO ALEJANDRO CAMPO ROSERO**, se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia, dictada el 29 de junio de 2005 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, en sede de descongestión, salvo en los siguientes aspectos:

1. Se revoca el punto primero de su parte resolutive. En defecto del mismo, se establece que: *“Prospera parcialmente la excepción segunda formulada por la Clínica el Bosque, conforme se dijo en la parte considerativa, las demás no prosperan (...) **Ambas partes son culpables de los perjuicios causados y que son materia del proceso**, conforme porcentajes indicados en la parte motiva”.*

2. Se adicionan los puntos tercero y cuarto, así: *“Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a E.P.S. FAMISANAR y CLÍNICA EL BOSQUE S.A., a pagar a (...)”* GUILLERMO ALEJANDRO CAMPO ROSERO, dentro de los

diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, las sumas de dinero que pasan a indicarse, liquidadas a 31 de enero de 2016:

a) Por concepto de los gastos necesarios para atender su salud, CIENTO OCHENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS MIL TRECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON TRECE CENTAVOS (\$186.200.346.13).

b) Por concepto de perjuicios morales subjetivos, TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$35.000.000.00).

c) Por concepto de daño a la vida de relación, TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$35.000.000.00).

3. **DISPONER** que la actualización del rubro mencionado en el literal a) precedente, causada y que se cause desde el 1º de febrero del año en curso hasta la fecha del pago, deberá hacerse en la forma indicada en el inciso final del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y siguiendo las pautas que se dejaron señaladas en la parte motiva de esta providencia.

4. En la liquidación de costas de segunda instancia, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$13.100.000.00.

Sin costas en casación por la prosperidad del recurso.

**Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad,
devuélvase el expediente al Tribunal de origen.**

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

Salvamento parcial de voto

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Con aclaración de voto

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Salvo parcialmente de voto

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

MAGISTRADA MARGARITA CABELLO BLANCO

Radicación n.º 11001-31-03-008-2000-00196-01

Con el acostumbrado respeto a la mayoría, consigno a continuación de razones por las cuales no comparto plenamente los razonamientos que llevaron a la Sala a considerar que las empresas demandadas fuesen responsables solo en un porcentaje del total del daño padecido por el menor Guillermo Alejandro Campo Rosero

Mediante sentencia del 14 de diciembre de 2010, la Corte Suprema de Justicia casó la sentencia del Tribunal Superior de Manizales (en descongestión) con complementación hecha por el Tribunal Superior de Bogotá (del 25 de septiembre de 2008 la primera y del 5 de diciembre del mismo año la segunda), por encontrar que dichas providencias no habían resuelto las pretensiones elevadas por el mencionado infante, pues siempre se refirieron a la responsabilidad de la Clínica El Bosque y de Famisanar (demandadas) y a las condenas a favor de los dos padres demandantes. Es decir, sólo prosperó la causal de incongruencia *mínima petita*, dejándose todo lo demás en firme.

El asunto se retrotrae a la responsabilidad médica que los padres demandantes -actuando en su propio nombre y en el de su hijo Guillermo Alejandro (víctima directa)- le endilgaron a la EPS Famisanar y a la Clínica El Bosque. En su fallo, de conformidad con la interpretación que la Corte hizo de él en su momento, el Tribunal se refirió sólo a condenas a favor de los padres mas no a las pretensiones deducidas en el libelo genitor para el niño. En esa misma decisión, el Tribunal encontró a las demandadas responsables de los perjuicios en un 70% y a los padres en un 30%.

En consecuencia, al haber deducido el sentenciador *ad quem* una corresponsabilidad de los padres y las demandadas, a estas hubo de condenarlas a favor de aquellos en el porcentaje del total de daños que encontró

reclamados y acreditados, en eventual aplicación del artículo 2357 y con olvido de las pretensiones del menor, en relación con el cual el asunto es diferente: él es, repito, la víctima directa y son, de acuerdo con esa parte de la decisión del Tribunal, los padres y las demandadas sus autores, unos en el 30% y otros en el 70%, pero respecto de él, tales proporciones en la incidencia causal del daño que padece distribuciones son indiferentes.

En efecto, estimo que como lo que es objeto de resolución complementaria debido al fallo diminuto del Tribunal, son las pretensiones del menor dirigidas contra las demandadas, debe partirse del hecho de que, según el artículo 2344 del Código Civil *“Si 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”*. La Corte ha indicado que este artículo se aplica tanto a la responsabilidad contractual como extracontractual (CSJ SC del 11 sep 2002, rad. 6430)

Por lo que si el menor sólo demandó a las entidades de salud, ellas son solidariamente responsables del total del perjuicio irrogado a aquel.

En los anteriores términos dejó sentado mi criterio.

Margarita Cabello Blanco

Magistrada