El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Corporación.

Providencia: SENTENCIA – 2ª Instancia – 07 de diciembre de 2016

Radicación Nro. : 2012-00322-01 (Interna 8485 LLRR)

Accionante: LILIANA GONZÁLEZ GARCÍA Y OTROS

Accionados:       EPS SALUDCOPP EN LIQUIDACIÓN Y OTROS

Proceso:                 Ordinario – Revoca decisión del *a quo* que negó las pretensiones

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: VIGILANCIA DEL PACIENTE Y DE LA EFECTIVIDAD DEL TRATAMIENTO INSUFICIENTES / RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR HABERSE INCURRIDO EN CULPA.** “[E]n estos asuntos especializados, prima la ciencia y la técnica, por ello se ofrece como idóneo, aunque no único, el dictamen de especialista en la respectiva materia, entonces razonablemente puede inferirse que le asiste la razón a la impugnante, pues si bien hubo un diagnóstico inicial acertado (Parto pretérmino), luego ante la persistencia del síntoma de dolor tipo contracción, pese a la aplicación del útero-inhibidor, debieron hacerse más pruebas a efectos de redefinirlo y así determinar los cambios en el tratamiento que fueren necesarios. (…) [A]nte la contundencia e inamovilidad, de los conceptos postulados por el peritaje, pierden fuerza las versiones testificales de los médicos (…) que justificaron el tratamiento por ser un parto prematuro y existir antecedente de un primer alumbramiento en esas condiciones, ello a pesar de ser personas que percibieron los hechos que son tema de prueba, pues lo cierto es que no acataron las pautas ya referidas, consistentes en revisar el diagnóstico luego de que el procedimiento aplicado en forma alguna cambiara las condiciones de la paciente. En síntesis, acreditada la causalidad, se advierte que se incurrió en culpa porque la vigilancia de la paciente fue insuficiente, tampoco se revisó la efectividad del tratamiento y por ende el diagnóstico no varió, además que se aplicó un medicamento que es contraindicado según la experticia; todo lo dicho originó el daño, que no es otro que la muerte del feto en el vientre de la madre, por lo tanto, hasta aquí se consideran demostrados todos los elementos de la responsabilidad civil médica que se endilga a las demandadas Saludcoop EPS y la Corporación IPS Saludcoop.”.

**Citación jurisprudencial:** CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SCC, Sentencia del 31-08-2010, Rad.052001-00224-01 / Sentencia del 18-12-2012, Rad. 05266-31-03-001-2004-00172-01 / Sentencia del 25-11-1992, Rad. 3382 / Sentencia del 05-05-1993, Rad.4978 / Sentencia del 05-05-1999, Rad. 4978 / Sentencia del 21-07-1922, Gaceta Judicial, tomo XXIX, No.1515, p.220 / Sentencia del 26-11-2010, Rad. 1999-08667-01 / Sentencia del 26-09-2002, Rad. 6878 / Sentencia del 15-01-2008, Rad.11001-3103-037-2000-67300-01 / Sentencia del 09-12-2013, Rad. 88001-31-03-001-2002-00099-01 / Sentencia del 23-06-2005, Rad. 058-95 / Sentencia del 08-08-2011, Rad. 2001-00778 / Sentencia del 05-11-2013, Rad. 20001-31-03-005-2005-00025-01 / Sentencia del 13-09-2002, Rad. 6199 / Providencia SC15746-2014 de 14-11-2014 / Sentencia del 08-08-2011, Rad. 2001-00778 / Providencia SC2506-2016 de 02-03-2016 / Sentencia del 13-05-2008, Rad. 1997-09327-01 / Sentencia SC8219-2016 del 20-06-2016 / Sentencia del 17-11-2011, Rad. 11001-3103-018-1999-00533-01 / Sentencia del 23-04-2007, MP: Ruth Marina Díaz Rueda; Rad. 733193103001999-00125-01 / Sentencia del 30-01-2001, Rad.5507 / Providencia SC14658-2015, MP: Fernando Giraldo Gutiérrez / Sentencia del 05-03-1940; MP: Liborio Escallón / Sentencia del 12-09-1985; MP: Horacio Montoya G. / Sentencia SC10304-2014, MP: Luis Armando Tolosa Villabona / Sentencia del 28-02-1990, MP: Héctor Marín N. / Sentencia del 09-07-2012, MP: Ariel Salazar Ramírez / Sentencia SC13925-2016, MP: Ariel Salazar Ramírez / Sentencia SC10297-2014, MP: Ariel Salazar Ramírez / Sentencia del 08-05-1990, que sigue el razonamiento de los fallos de 24-09-1952, *G.J*. No. 2119, p. 237, y del 05-07-1957, *G.J*. No. 2184, p. 676 / Sentencias del 14-03-1942, GJ, tomo XIII, p.937 y del 14-10-1959, MP: Hernando Morales M.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-006 de 1992.

CONSEJO DE ESTADO, Sección 3ª, Sentencia del 07-07-2011, Rad. 20.835 / Sentencia del 17-08-2000, Rad. 12.123 / Sentencia del 06-03-2008, Rad. 16.191 Sentencia del 24-10-1990, Rad. 5902 / Sentencia del 30-07-1992, Rad. 6897.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Civil – Familia, Providencia del 06-10-2016, Rad. 2015-00202-02 / Sentencia del 23-09-2014, Rad. 2011-00131-01.



REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de segundo grado

Tipo de proceso : Ordinario – Responsabilidad civil médica

Demandante (s) : Liliana González García y otros

Demandado (s) : EPS Saludcoop en liquidación y otros

Procedencia : Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 2012-00322-01 (Interna 8485 LLRR)

Temas : Causalidad – Culpabilidad - Diagnóstico - Tratamiento

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 579 de 07-12-2016

Pereira, R., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

## El asunto por decidir

El recurso de apelación interpuesto, por la parte actora, contra el fallo emitido el día 13-08-2013, dentro del proceso arriba mencionado, previas las estimaciones jurídicas que enseguida se hacen.

## La síntesis de la demanda

* 1. Los supuestos fácticos relevantes
     1. La señora Liliana González García estaba afiliada como beneficiaria en la EPS Saludcoop, entidad a la que acudió en el mes de mayo de 2009 en busca de asesoría, pues planeaba tener su segundo hijo, pero estaba planificando con dispositivo intrauterino.
     2. En efecto quedó en embarazo y asistió a los controles prenatales sin complicación alguna.
     3. El 09-02-2010 ingreso por urgencias al Hospital San Vicente de Paúl de Santa Rosa de Cabal y de allí fue remitida a la Clínica Saludcoop de esta ciudad, para manejo de tercer nivel, ingreso a las 02:47 a.m. y la hospitalizaron debido al dolor pélvico que sentía.
     4. Recibió atenciones esporádicas, como valoraciones por diferentes profesionales (Ginecólogos y médicos generales), hasta que, luego de un monitoreo, una de las ginecólogas determinó que, el feto estaba muerto.
     5. La causa del deceso, según la historia clínica, fue el abrupcio del 50% o desprendimiento de placenta, que generó la falta de oxígeno a la criatura.
     6. La madre también sufrió complicaciones ya que luego del parto debió ser transfundida, dada la pérdida de sangre.
  2. Las pretensiones
     1. Que se declare responsables a las demandadas por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión del fallecimiento del hijo de Liliana González García.
     2. Que se condene a las demandadas a pagar como perjuicios morales la suma de 100 smlmv para cada uno de los demandantes, con intereses comerciales y moratorios (Sic).
     3. Que se condene en costas a las entidades demandadas (Sic).

## La síntesis de la crónica procesal

Correspondió por reparto el día 16-06-2010 al Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, que la admitió el día 22-07-2010, ordenó notificarla a EPS Saludcoop, EPS Saludcoop Regional Risaralda y Clínica Saludcoop Pereira; también dispuso correr traslado, entre otros ordenamientos (Folio 53, cuaderno principal, tomo I). Se practicó la notificación a esas entidades, consideradas efectivas, dio lugar a tener por no contestada la demanda (Folios 54 a 68 y 71 a 74, cuaderno principal, tomo I), pero luego se resolvió petición de EPS Saludcoop (Folios 78 a 85, cuaderno principal, tomo I) que declaró nulidad por indebida notificación, y se inadmitió la demanda (Folios 101 a 103, ibídem). Finalmente, el día 15-09-2011, se admitió nuevamente y se ordenó en enteramiento personal (Folios 118 a 119, ibídem).

Las notificaciones se surtieron así: (i) El 20-09-2011 para EPS Saludcoop (Folio 120, ibídem); y (ii) El 27-09-2011 para Corporación IPS Saludcoop (Folio 123, ibídem) y Corporación IPS Eje Cafetero (Folio 133, ib.).

En idéntico orden contestaron la demanda y formularon excepciones así: (i) La EPS Saludcoop pidió declarar: *“cumplimiento de las obligaciones por parte de Saludcoop EPS para con su afiliada”,* *“inexistencia de solidaridad entre EPS e IPS”, “discrecionalidad científica que no responsabiliza a Saludcoop EPS por los actos realizados unilateralmente por el equipo adscrito a la red prestadora de servicios”, “excesiva tasación de pretensiones” y “excepción genérica”* (Folios 137 a 153, ib.); (ii) La Corporación IPS Saludcoop planteó: *“necesidad de la prueba de la culpa”, “inexistencia de causalidad médico- legal”, “discrecionalidad”, “excesiva tasación de pretensiones” y “excepción genérica”* (Folios 154 a 167, ib.).

Y (iii) La Corporación IPS Eje Cafetero propuso: *“inexistencia de responsabilidad de la Corporación IPS Eje Cafetero, debido a la inexistencia de participación en la atención prestada a la paciente y al cumplimiento cabal de las obligaciones a cargo de la IPS”, “inexistencia de responsabilidad pretendida, por adecuada práctica médica- Cumplimiento de la Lex artis- Ausencia de culpa”, “inexistencia de responsabilidad generada por la falta de nexo causal entre las pruebas y los hechos”, “inexistencia de responsabilidad de la Corporación IPS Eje Cafetero, debido a la discrecionalidad y autonomía de los actos realizados por los profesionales de la salud” y “excepción genérica”* (Folios 168 a 179, ib.).

La demanda fue reformada y de ella se corrió traslado por auto del 02-11-2011 (Folios 186 a 187, ib.). Se celebró audiencia el 05-12-2011 y allí se decretaron las pruebas (Folios 206 a 211, ib.), con auto del 23-07-2012 el Juzgado Primero Laboral del Circuito – Segundo adjunto, declaró su incompetencia en razón a la Ley 1564 y remitió a los Juzgados Civiles del Circuito (Folio 397, cuaderno principal, tomo II).

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad, asumió el asunto y con auto fechado del día 13-11-2012, fijó fecha para algunas diligencias y ordenó oficiar para otras pruebas (Folios 7 y 8, cuaderno principal, tomo III). Luego con proveído del 23-04-2013 corrió traslado para alegaciones finales (Folio 22, cuaderno principal, tomo III). El día 13-08-2013 se emitió sentencia desestimatoria (Folios 73 a 108, cuaderno principal, tomo III) y como fuera apelada por la parte actora, se concedió el día 30-08-2013 ante este Tribunal (Folio 117, ibídem).

En esta superioridad, con proveído del 30-09-2013 se admitió la alzada (Folio 4, este cuaderno), para luego correr el traslado de rigor (Folio 6, este cuaderno), y se pasó a Despacho el 29-10-2013 (Folio 32, ídem). El suscrito Magistrado recibió el despacho el día 16-05-2014. Finalmente, con decisión del día 30-06-2016 (Folio 54, ídem) se prorrogó el plazo para fallar y corrió traslado de peritaje, decretado en primera instancia y allegado a esta sede (Artículo 121, CGP).

1. El resumen de la sentencia de primer grado

Denegó las pretensiones de la demanda frente a la Corporación IPS Eje Cafetero por carecer de legitimación en la causa por pasiva, aceptó las excepciones de *“necesidad de la prueba de la culpa”* e *“inexistencia de causalidad médico- legal”* propuestas por la EPS Saludcoop y la Corporación IPS Saludcoop; en consecuencia, negó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

Estimó que la responsabilidad era tanto, contractual médica como extracontractual o aquiliana, la primera respecto de la señora Liliana González García y la segunda respecto de los demás demandantes.

El análisis se concretó a la atención que recibió la paciente, por ello evaluó los servicios prestados, para así establecer si las demandadas omitieron el deber de cuidado a la paciente que dio lugar al óbito fetal, y por lo tanto, dé lugar a los perjuicios reclamados.

Después de hacer un recuento, de los testimonios rendidos por los médicos que atendieron a la señora Liliana y de lo dicho por el perito, encontró que la atención brindada se hizo bajo el uso de los medios científicos y médicos disponibles, correspondientes con la sintomatología que presentaba, pues se evidenciaba como un embarazo pretérmino y no como un hematoma retroplacentario. También mencionó que el abrupcio de placenta, es una emergencia médica que se presenta de manera imprevisible, pues es inesperada e inevitable.

Concluyó que en forma alguna podría estimarse que la conducta desplegada en la atención sea la causa de la muerte de la criatura o de las consecuencias sufridas por la madre (Folios 73 a 108, cuaderno principal, tomo III).

1. La síntesis de la apelación

Consideró la mandataria judicial de los actores, que los procedimientos suministrados a la actora, fueron insuficientes, pues dadas sus condiciones requería de una mayor atención y se incumplieron las pautas establecidas en las guías del Ministerio de Salud, tal como lo concluyó el perito.

Relató que el proceder de la clínica fue tan precario que, ni siquiera cambió el tratamiento a seguir, aun a pesar de que el dolor persistía después de aplicado el útero inhibidor, cuya función precisamente era hacer cesar las contracciones y sin percatarse que también se presentaban manchas de sangre.

A lo que debe añadirse, según consta en la historia clínica, que el personal disponible en esa institución era escaso y que la patología de abrupcio de placenta, aunque poco frecuente, se presenta y debe examinarse a la paciente a efectos de confirmarla o descartarla, entre otros medios a través de una ecografía, que solo se usó cuando ya se había detectado la muerte del feto (Folios 111 a 113, ib.).

## LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

* 1. La competencia en segundo grado

Esta Corporación judicial tiene facultad legal para resolver la controversia sometida a su consideración en razón al factor funcional, al ser superiora jerárquica del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, R., donde se tramitó la primera instancia.

* 1. Los presupuestos procesales

Están debidamente cumplidos, hay competencia, capacidad para ser parte y procesal, así como la demanda en forma, por manera que es viable resolver de fondo. El Despacho de primer grado era competente por el factor territorial (Artículo 23-1º del CPC) y objetivo (Artículo 16-1º, CPC). En todo caso, las partes no discutieron este aspecto al concurrir al proceso (Artículo 144, CPC).

* 1. El trámite adecuado y el derecho de postulación

Este litigio se gestionó según el rito procedimental prescrito para el proceso ordinario, de acuerdo con los artículos 396 y subsiguientes del CPC. Las partes estuvieron asistidas por profesionales del derecho, a quienes asiste el derecho de postulación (Artículo 63, CPC).

* 1. El problema jurídico a resolver

¿Se debe revocar la sentencia desestimatoria proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta municipalidad, R., según el razonamiento de la apelación de la parte demandante?

* 1. El tipo de acción procesal

Sobre la responsabilidad en este caso, hay que decir que, como el proceso inició en la especialidad laboral, la demanda no especificó la modalidad, pero el juzgador de la causa, en razonamiento que se comparte, explicó que la responsabilidad sanitaria reclamada, era tanto contractual como extracontractual, aunque omitió aclarar un punto que esta sede estima necesario dilucidar, y es que en casos como este, es viable la acumulación subjetiva.

La jurisprudencia de la CSJ[[1]](#footnote-1), planteó el tema, así: *“ (…) la demanda que hubo de dar origen a este proceso propone una acumulación subjetiva de pretensiones: las propuestas por el señor (…) derivadas del incumplimiento contractual que le imputa el demandado, y las formuladas por los otros demandantes, quienes pretenden la indemnización del daño moral, según dijeron, a título de responsabilidad civil extracontractual, aunque invocando un factum idéntico al del señor (…), con quien manifestaron tener unión matrimonial (…)”* y ofreció como respuesta: “*Tratando la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, desde hace algún tiempo, la Corte ha venido predicando que ésta es, una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual. (…)*”. Ese asunto se decidió, sin reprochar la acumulación referida, como aquí también se hará.

Esta misma postura ya había sido acogida en sentencia del 20-08-1947, donde se dijo que si se había incurrido en una culpa pero no había claridad que con esta: “*(…) se haya violado determinada cláusula contractual, pero el hecho ha causado daño, las consecuencias indemnizatorias se imponen, no importa cual sea el origen de la culpa.*” (Versalitas propias). Luego, esa Corporación, reiteró este criterio en decisión del 06-08-1985. La doctrina en cabeza del profesor Tamayo Jaramillo[[2]](#footnote-2) acoge este parecer en los siguientes términos: “*(…) el juez puede perfectamente aplicar la institución de la responsabilidad que considere correcta si encuentra que se llenan los demás requisitos, poco importa que el demandante se haya equivocado en la denominación de la figura aplicable, que haya omitido las normas aplicables o que haya invocado todas en forma común.*”.

No sobra decir que en nada se contraviene la prohibición del artículo 305 del CPC, referida a que el demandado sea condenado por “*causa diferente a la invocada en ésta*”, en virtud a que “la causa” no varía, es el mismo hecho dañoso; no hay sorpresa en este sentido para la parte demandada, de talante idóneo para conculcar su derecho de defensa.

* 1. Los presupuestos sustanciales

Definida la acción, subsigue determinar la legitimación en la causa en los extremos de la relación procesal, porque aunque las partes guardaron silencio en este aspecto, su examen es oficioso[[3]](#footnote-3)-[[4]](#footnote-4)-[[5]](#footnote-5). Hay legitimación de parte de la señora Liliana González García, pues es beneficiaria de los servicios médicos, relación jurídica contractual aceptada expresamente por la EPS demandada, al contestar (Folio 137, cuaderno principal, tomo I); además, este tipo de negocios jurídicos están excluidos de solemnidad alguna.

Por su parte, el señor Carlos Eugenio Melchor Tabares (Compañero permanente) y el menor Yehison Estiven Melchor González (Hijo de este último y la actora), así como los señores José Ulises González Vargas y Luz Amparo García González (Padres de Liliana); son ajenos a la mencionada relación negocial, su pretensión indemnizatoria es extracontractual o *aquiliana*.

Obran para acreditar tales condiciones, respecto del hijo y los padres, los respectivos registros civiles de nacimiento(Folios 11 y 46, ib.), y, en cuanto a la calidad de compañero permanente, obran la declaración extraproceso rendida por los actores (Folio 12, ib.) y las atestaciones de las señoras María Lilia Tabares Giraldo y Maryury González García, pues a pesar de que tengan parentesco con los actores, sus narraciones reúnen las condiciones de existencia, validez y eficacia (Artículo 228, CPC), y en efecto, dan cuenta de la relación afectiva marital existente entre la señora Liliana y Carlos Eugenio.

En suma, la legitimación en la causa por activa está satisfecha por la parte actora, la señora Liliana González García, alega haber sufrido el perjuicio por razón del contrato de servicios (Contractual), y de otra, los señores Carlos Eugenio Melchor Tabares (Compañero permanente), José Ulises González Vargas y Luz Amparo García González (Padres de Liliana) así como el menor Yehison Estiven Melchor González (Hijo de Carlos y la actora); aducen haber padecido un perjuicio en sus intereses legítimos[[6]](#footnote-6)-[[7]](#footnote-7), según el artículo 2342 del CC; como “*víctimas indirectas o de rebote*” y por esa calidad, la acción ejercida es personal y no hereditaria[[8]](#footnote-8)-[[9]](#footnote-9)-[[10]](#footnote-10).

No obstante, es necesario recordar que la legitimación en cuanto al daño moral, no se reduce al parentesco o calidad de compañero permanente, pues la jurisprudencia de la CSJ[[11]](#footnote-11) ha considerado que el daño corporal sufrido por alguno de los miembros de la familia es un indicio de la afección de los demás, en atención a los lazos de cercanía, solidaridad y afecto. Igual precisión cabe frente al daño a la vida de relación[[12]](#footnote-12). Ello sin dejar de reconocer que deba acreditarse la condición en que se comparece, y en caso de resultar próspera la acción, se verificará la calidad del reclamante y la intensidad del daño, a efectos de la respectiva cuantificación de la indemnización.

En lo atinente a la legitimación por pasiva, se tiene que Saludcoop EPS y la Corporación IPS Saludcoop, son responsables de manera solidaria por los perjuicios invocados, pues a ellas, la parte demandante, les imputa la conducta dañina (Artículo 2341 y 2356, CC).

Esta aseveración tiene su fundamento normativo en el sistema de seguridad social en salud (Ley 100), dado que las Entidades Promotoras de Salud (En adelante EPS) son responsables de *“(…) la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía.(…)”* y entre sus funciones están *“(…) organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados (…)*” (Artículo 177) y “*Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados”* (Artículo 178-6°) por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (En adelante IPS). Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la CSJ[[13]](#footnote-13), reiterada en reciente sentencia[[14]](#footnote-14) (2016) y hace énfasis en la responsabilidad solidaria de las EPS así:

#### Los artículos 177 al 179 y 185 de la Ley 100 de 1993, que se refieren en su orden a la definición de las Entidades Promotoras de Salud, sus funciones, campo de acción y las límites de acción de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, de ninguna manera restringen la correlación que existe entre ambas clases de entidades para los efectos de la responsabilidad civil derivada de la atención médica.

Por el contrario, el primero es específico en que la «*función básica* [de las E.P.S.] *será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados*», lo que conlleva una carga de velar porque aquella sea óptima, con las consecuencias que se derivan de su desatención, ya sea que el afiliado o sus beneficiarios acudan a los centros asistenciales propios o aquellos contratados con ese fin. (Sublínea fuera de texto).

De allí que, por disposición legal, esas entidades están llamadas a prestar a los usuarios, a través de sus agentes (Para el caso de la EPS), los servicios que requieran con arreglo a tales principios y si su infracción causa un perjuicio a los afiliados, podrá ser objeto de reclamación.

No ocurre lo mismo con la Corporación IPS Eje Cafetero, como acertadamente lo concluyera el juez de primera instancia, pues a pesar de la imputación hecha, se demostró en el proceso que en forma alguna intervino en la atención a la actora.

* 1. La resolución del problema jurídico planteado

Delimitados por el marco argumental formulado en la alzada, en acatamiento del artículo 357 del CPC, se examinará el asunto litigioso, con desarrollo de los precisos aspectos cuestionados.

* + 1. La responsabilidad civil médica

Es aquella responsabilidad que se presenta por los efectos que la aplicación de la ciencia de la medicina, tiene en la vida, la integridad física o emocional y la salud de una persona. Este último elemento como derecho fundamental que es (Ley 1751), implica que también sean, un derecho inherente a las personas, los servicios médico-asistenciales recibidos y que siempre deben propender por una vida digna.

Quien asume la profesión galénica, en su práctica se debe a las respectivas reglas, normas y directrices específicas según los cánones científicos y técnicos de su ejercicio, acorde con las formas usuales para cada tiempo y lugar, el conocimiento y el desarrollo propio de la ciencia. El médico está sujeto a las reglas de la profesión en cualquiera de las fases de aplicación, es decir, en la prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control.

Dadas esas características, la responsabilidad médica se configura, por lo general, en la esfera de la denominada subjetiva en el régimen de probada[[15]](#footnote-15), aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como *actividad peligrosa*[[16]](#footnote-16); sin embargo, a esta fecha es sólido que su fundamento es la culpa probada[[17]](#footnote-17), según el precedente constante de la CSJ y la doctrina mayoritaria[[18]](#footnote-18). Más que el error del profesional prudente y diligente, se debe acreditar que aquel se apartó de los deberes o parámetros específicos que las circunstancias del caso le exigía, conforme la experiencia y el avance científico (Artículo 12, Ley 23 de 1981).

Puestas así las cosas y como corolario de ese título de imputación, sin duda que la carga probatoria gravita en cabeza del demandante, así señaló el órgano de cierre de la especialidad[[19]](#footnote-19):

… Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras). La sublínea es extratextual.

A pesar de lo apuntado, la misma Corporación desde 2001[[20]](#footnote-20), empezó a acoger la tesis del Consejo de Estado de los años 1990[[21]](#footnote-21) y 1992[[22]](#footnote-22), incluso la misma Corte Constitucional[[23]](#footnote-23), reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la “*carga dinámica de la prueba*”[[24]](#footnote-24) (hoy con reconocimiento normativo expreso en el artículo 167 del CGP, que valga enfatizar resulta inaplicable al caso, por regir para el proceso el CPC) y “*dependiendo de las circunstancias del asunto*”, el juzgador atribuirá el deber de acreditación sobre determinado hecho, teniendo[[25]](#footnote-25): *“(…) en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix).”.* Nótese cómo el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, sobre acciones populares, ya había consagrado la doctrina anotada.

En el área de la responsabilidad médica, la posición se conserva en estos días[[26]](#footnote-26), para la vigencia del CPC, desde luego. En todo caso se resalta, que para la resolución de este litigio en particular, no se aplicó la referida teoría.

Ahora, en principio corresponde al demandante demostrar todos los elementos axiológicos de la responsabilidad médica(Salvo presunción legal), ellos son: el daño, causalidad o nexo causal y la culpabilidad[[27]](#footnote-27) (Culpa o dolo). Y cabe hacer notar que la doctrina de la CSJ, entiende que trátese de la modalidad contractual o extracontractual, el régimen siempre será de culpa probada[[28]](#footnote-28).

En esta ocasión la demandada debe responder en forma directa por el comportamiento dañino, derivado de la conducta de sus agentes ante la prestación de los servicios de salud, que comprende las prestaciones asistenciales impuestas legamente, de donde surgen entre otros los deberes: (i) Referidos al acto médico; (ii) Relativos a los actos de asistencia sanitaria de carácter auxiliar (Llamados paramédicos); y (iii) Respecto a los de hospitalización. Así lo entiende la jurisprudencia de la CSJ[[29]](#footnote-29).

Frente a los deberes relativos al acto médico, enseña el precedente de la CSJ[[30]](#footnote-30)-[[31]](#footnote-31), pacíficamente, que[[32]](#footnote-32):

*Justamente, la civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, in solidum si fueren varios los autores, pues “el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas”*.

* + 1. La carga probatoria

En la responsabilidad civil sanitaria la regla general es que las obligaciones debidas por los médicos en su ejercicio, son de medio[[33]](#footnote-33)-[[34]](#footnote-34) y de manera excepcional de resultado, entre otras las cirugías estéticas reconstructivas[[35]](#footnote-35)-[[36]](#footnote-36), el diligenciamiento de la historia clínica y la obtención del consentimiento[[37]](#footnote-37), la elaboración de prótesis, el secreto profesional[[38]](#footnote-38), entre otros. Lo anterior presta utilidad para determinar el régimen probatorio aplicable, pues en tratándose de obligaciones de medio opera la tesis de la culpa probada, mientras que para las llamadas de resultado impera la presunción de culpa. De antaño la jurisprudencia de la CSJ[[39]](#footnote-39)-[[40]](#footnote-40)-[[41]](#footnote-41), ha sostenido que las obligaciones de medio tienen implícito un mayor esfuerzo demostrativo para el reclamante[[42]](#footnote-42).

En refuerzo de lo dicho, debe advertirse que la Ley 1164, en su artículo 26, dispone en los apartes pertinentes: *“Acto propio de los profesionales de la salud****.*** [*Modificado por el art. 104, Ley 1438 de 2011*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41355#104)*. Entendido como el conjunto de acciones orientadas a la atención integral del usuario, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas dentro del perfil que le otorga el respectivo título, el acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medios, basada en la competencia profesional.”.* Sublínea puesta a propósito por esta Sala.

Ahora bien, en frente a los casos relativos al área de la obstetricia, a partir de la jurisprudencia del CE, que aunque criterio auxiliar de interpretación[[43]](#footnote-43) a ella debe acudirse ante la falta de precedente en esta jurisdicción; es necesario precisar el tipo de responsabilidad, pues inicialmente se había considerado que si el embarazo había tenido un desarrollo normal, la obligación del médico al momento el parto era de resultado, de allí que se hablara de un régimen objetivo[[44]](#footnote-44), pero actualmente se considera que tras un embarazo normal hay un indicio de un alumbramiento similar (Normal) y en caso contrario el indicio es que se presentó una “falla” (Acepción propia de la jurisdicción contenciosa) en el servicio médico y por lo tanto, un régimen subjetivo[[45]](#footnote-45).

En cualquier caso, ha dicho esa alta Corporación, al demandante le corresponde la carga de la prueba de los elementos de la responsabilidad, en sus palabras indicó: *“(…) frente a los daños sufridos en el acto obstétrico, a la víctima del daño que pretende reparación le corresponde la demostración de la falla que acusa en la atención y de que tal falla fue la causa del daño por el cual reclama indemnización, es decir, debe probar: (i) el daño, (ii) la falla en el acto obstétrico y (iii) el nexo causal. La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales (…)”[[46]](#footnote-46)*.

* + 1. El caso concreto objeto de análisis

La sentencia atacada por esta vía, será revocada, con estribo en las argumentaciones jurídicas que a continuación se explicitan, pero se exceptúa de la revocatoria el numeral primero de esa decisión, pues tal como se dijo en el acápite de legitimación, se comparte lo dicho en primera instancia frente a Corporación IPS Eje Catetero y además no fue objeto de impugnación.

Antes de abordar el análisis, es menester tener presente que la queja de la recurrente está centrada en que la atención brindada a la actora fue insuficiente, pues dadas sus condiciones y el hecho de que el medicamento útero inhibidor, en modo alguno hiciera cesar las contracciones, lo conducente era practicar otros exámenes, pero ello no se dio, ante la falta de diligencia y el escaso personal disponible.

Ya en el juicio de responsabilidad, el primer aspecto, corresponde a la verificación del daño, pues sin este elemento cardinal, está llamado al fracaso el señalado estudio. En efecto, en este caso a ninguna duda se remite, incluso está fuera de discusión por las partes, que la criatura por nacer, producto del segundo embarazo de la señora González García, falleció en el vientre de la madre, así se registró en la historia clínica, que se tasa sin reparos por operar el reconocimiento implícito (Artículo 279, CPC) (Folio 27, ib.) y lo menciona el certificado de defunción (Folio 10, ib.).

Subsigue verificar la conducta dañina endilgada por el hecho médico y su relación causal con el citado fallecimiento. Al efecto, la cuestión medular en el asunto se circunscribe al presupuesto causal, para luego avanzar a la revisión de la culpabilidad, y descartada alguna exonerante, finalmente, declarar si hubo o no responsabilidad jurídica.

Establecer la causalidad no es una tarea sencilla, porque un hecho puede ser consecuencia de otro y sin embargo, esa sola conexidad, en forma alguna implica que debe imponerse la obligación de indemnizar, porque pueden existir otros agentes o hechos que contribuyeron a la causación del perjuicio. De allí que para edificar esa relación causal, se hace necesario recurrir a las máximas de la experiencia, a los juicios de probabilidad y a la razonabilidad, de manera que se pueda abstraer el hecho con relevancia jurídica que causó el daño y por tanto de lugar a establecer la responsabilidad civil.

Necesario resaltar que las categorías conceptuales de causalidad y culpabilidad, en la dogmática de la responsabilidad, contractual o extracontractual, civil o estatal, guardan diferencias sustanciales, son autónomas, aunque se relacionan. La causalidad es la constatación objetiva de una relación natural de causa-efecto, mientras que la culpabilidad como fundamento, se refiere a la valoración subjetiva de una conducta[[47]](#footnote-47), la causalidad no admite presunciones y siempre debe probarse[[48]](#footnote-48), por su parte la culpabilidad si las tiene y desde luego relevan de su acreditación.

Ahora bien, la jurisprudencia constante de la CSJ[[49]](#footnote-49), ha sostenido que no solo se trata de esas reglas, ya que debe partirse de la información técnica que suministren quienes practiquen la ciencia de que se trate, para el caso la medicina, esa Corporación en reciente decisión (2016)[[50]](#footnote-50) así lo reiteró:

… cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquellos que la practican- y que a fin de cuentas dan, con carácter general, las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. Subrayado extratextual.

Claro queda, a partir de ese pasaje jurisprudencial, que en materias médicas, es insuficiente el sentido común o reglas de la experiencia, pues tratándose de asuntos científicos, el juez habrá de acudir no solo a la peritación, sino también a los documentos o testimonios técnicos, para esclarecer la cuestión sometida a su escrutinio, sin embargo[[51]](#footnote-51): “*El dictamen médico de expertos médicos es indudablemente el medio probatorio que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el deceso de una persona por la actividad de otras. (…)”.*

La decisión apelada se basó en la ausencia probatoria del referido nexo, y los argumentos de la alzada, se itera, predican su existencia a partir de la precaria atención sanitaria brindada a la señora Liliana González García, pues se alude que debió revisarse el diagnóstico inicial, para modificarlo, ante la persistencia del dolor (Tipo contracción) aun cuando ya se había suministrado el útero inhibidor que debía hacerlo cesar, es decir, que se estaría ante la presencia de un “*indebido* *diagnóstico*” que desencadenó en un “*inadecuado tratamiento*” y por lo tanto, causó el daño ya descrito.

Así las cosas, es necesario memorar que el diagnóstico (Artículos 10º y 12º, L 23 de 1981) es la fase encaminada a determinar el cuadro clínico del paciente, en concreto para precisar la patología que padece, así lo define el profesor Jaramillo J., en su obra[[52]](#footnote-52); se considera uno de los actos médicos más relevantes en la práctica de la medicina porque a partir de él, se diseña el tratamiento a seguir[[53]](#footnote-53), para tal propósito el médico realizará el examen físico, con la práctica de ayudas diagnósticas e incluso con procedimientos exploratorios.

Planteado lo anterior, indispensable es señalar, que el tema de prueba[[54]](#footnote-54) frente al “*error de diagnóstico*” gira en torno a si el médico agotó todos los medios de que disponía y aconsejaba la *lex artis ad hoc* al realizarlo, así como si se hallaba fundado en la totalidad de los estudios y exámenes especializados requeridos en el caso (Paraclínicos o especializados).

Puede acaecer sin embargo, que en el proceso de diagnosis, se evidencie un diagnóstico diferencial, pues la sintomatología que sufre el paciente puede encuadrar en dos o más esquemas científicos que el profesional debe tener en mente como hipótesis, de allí la importancia de tomar en cuenta la información que brinda el estado de la persona en tratamiento, durante un tiempo adecuado, que permita observar el progreso de las condiciones de salud del paciente, de manera que pueda ajustar los juicios de diagnóstico a dicha evolución[[55]](#footnote-55).

De la forma preindicada, podrá ponderarse si la propedéutica fue o no la adecuada, y en este último caso el yerro ha de ser calificado como “*inexcusable*”, para imputar jurídicamente responsabilidad civil, es decir, siempre que sea culposo, por eso entiende la CSJ[[56]](#footnote-56), que: “*Por el contrario, aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina no comprometen su responsabilidad.”.*

Para iniciar el análisis concreto de los actos médicos reputados por la censura como suficientes para la causalidad, hay que decir que se consideran pertinentes para auscultar esa demostración, el material documental, específicamente la historia clínica, la peritación rendida y los testimonios de los médicos Natalia Paola Sánchez Claros, Ángela María Tapasco Acevedo, Francisco Miguel Jimeno Gómez y Maribel Henao Navarro, médicos generales, ginecólogos y obstetras, que algún momento atendieron a Liliana y desde que fue recibida el 10-02-2010 en la Corporación IPS Saludcoop. No obstante, debe resaltarse que la impugnante asienta su dicho en las conclusiones de la experticia.

En la historia clínica, del ESE Hospital San Vicente de Paúl de Santa Rosa de Cabal, figura: que la segundigestante, Liliana González García, con 34 semanas 1 día, fue remitida el 09-02-2010 por tener: *“(…) CUADRO CLÍNICO DE 1 DÍA DE EVOLUCIÓN DE DOLOR “BAJITO” MOVIMIENTOS FETALES ACTIVOS (…)”* (Folio 22, ib.) y luego se menciona: “(…) *SE INICIA NIFIDIPINO PARA UTEROINHIBIR (…) PACIENTE CON TRABAJO DE PARTO PRETÉRMINO, REQUIERE VALORACIÓN Y MANEJO EN TERCER NIVEL (…)”* (Folio 23, ib.).

En idéntico documento de la Corporación IPS Saludcoop, se registró el 10-02-2010 a las 06:35: *“(…) REFIERE 3 SEMANAS DE DTCU HACE 15 DÍAS APP RECIBIO MADURACIÓN FETAL- AHORA HACE 2 DÍAS NUEVAMENTE DTCU – SANGRADO VAGINAL MANCHAS?, GO VALORA Y HOSPITALIZA PARA MANEJO CON NIFEDIPINO, REFIERE PERSISTENCIA DE DTCU, (…)”* (Folio 24, ib.); luego el 11-02-2010 a las 09:24: *“(…) SEGUNDO DIA DE INTERNAMIENTO EMBARAZO DE 35 SEM+ APP CONTROLADA AUNQUE MANIFIESTA CONTINUAR CON CU A PESAR DE NIFEDIPINO ADMINISTRANDO C/6 HRS REFIERE MOVIMIENTOS FETALES (…)”* (Folio 25, ib.) (Resaltados propios de esta Sala). También a las 19:55 del mismo 11-02-2010, se informa que persiste el dolor (Folio 26, ib.). Finalmente, a las 20:50 de ese día se señala: *“(…) NO FETOCARDIA FETO MUERTO (…)”* (Folio 27, ib.).

Ahora, conforme a la ciencia médica, el dictamen rendido por el perito (Ginecólogo - Obstetra de la Universidad Tecnológica de Pereira), conceptuó que el diagnóstico inicial fue adecuado (Folio 319, ib, respuesta 6), pero en esa respuesta, y otras más (Respuestas 3, folio 318 frente, 3, 4 punto final y 7, folios 318 vuelto y 319, ib., también en 2, 3 y 8 folio 16, del cuaderno No.2 pruebas de la parte actora) indica que el suministro de Nidefipina es controvertido, según la literatura médica.

Explicó que: *“ (…) se le prescribió Nifefipina como útero- inhibidor el cual no estaría indicado, pues no existe un medicamento que impida un parto prematuro, ya que la indicación del útero- inhibidor (Nifedipina) está asociada al uso concomitante del madurador fetal (esteroides) y este ya había sido suministrado dos semanas antes (…)”* (Folio 318, frente cuaderno principal, tomo I), mencionó que: “*(…) No ha sido demostrado que su uso prolongado después de la terapia inicial disminuya la rata de parto pretermino, así el uso prolongado de tocoliticos no se recomienda (…)”* (Respuesta 3, folio 319, ib.) y también porque: *“(…) El útero-inhibidor más seguro debe ser usado el menor tiempo posible (…)”* (Respuesta 4 punto final, folio 319, ib.).

Así mismo, precisó que: *“(…) la paciente presento (Sic) cuadro de desprendimiento prematuro de placenta (…). En esta clase de eventos el útero – inhibidor puede enmascarar el cuadro y aumentar el grado de desprendimiento placentario ya que interfiere con la respuesta fisiológica y protectora de la fibra muscular uterina (…)”* (Respuesta 7, folio 319, ib.).

De otra parte, el experto expuso que uno de los síntomas del desprendimiento de placenta (Abrupcio) son “dolores bajitos” y en algunos casos (No en todos, según explicó en la presentación clínica y en la clasificación, Folio 317 frente y vuelto, ib.) puede ir asociado a sangrado vaginal, de allí que pueda confundirse con el parto prematuro, por lo que refiere que: *“(…) El riesgo/ beneficio para ambos, madre y feto, debe ser evaluado constantemente (…)”* (Respuesta 4 punto tres, folio 319, ib.).

Afirmó que en este caso: *“(…) Si bien los exámenes iniciales son pertinentes, en un tercer nivel podría haberse recurrido a pruebas biofísicas más complejas como un Perfil Biofísico Fetal, Valoración por Perinatología y Neonatología (…)”* (Respuesta 8, folio 319, ib.). Elementos que como pruebas de vigilancia fetal, hubiesen ayudado al médico a reconocer aspectos como la oxigenación del feto y de ese modo asumir conductas más acordes con esas condiciones e incluso establecer la necesidad de extraerlo de la cavidad uterina (Respuesta 4, folio 16, cuaderno 2, pruebas de la parte actora).

Además, aunque expresó que algunos casos la ecografía no permite definir que existe abrupcio (Diagnóstico, folio 317 vuelto, cuaderno principal, tomo I), ni siquiera se utilizó como medio propedéutico viable (Respuesta 5, folio 16 vuelto, cuaderno 2, pruebas de la parte actora), igualmente reveló que en la historia clínica encontró que se usó la auscultación con fonendoscipio para verificar la frecuencia cardiaca fetal, pero en forma alguna fueron practicados monitoreos electrónicos fetales, cuando aquel, es poco certero dentro del proceso de vigilancia fetal (Respuesta 9, folio 16 vuelto, ib.). Sumado a que afirmó el perito: *“(…) La vigilancia no fue uniforme en el periodo de tiempo en que se inicio (Sic) el evento que termino (Sic) con la muerte fetal. No hubo una adecuada investigación con respecto a la persistencia de las contracciones a pesar de estar recibiendo Nifeldipina (…)”* (Respuesta 8, folio 16 vuelto, ib.).

Así las cosas, a partir de la premisa expuesta en líneas anteriores, respecto a que en estos asuntos especializados, prima la ciencia y la técnica, por ello se ofrece como idóneo, aunque no único, el dictamen de especialista en la respectiva materia, entonces razonablemente puede inferirse que le asiste la razón a la impugnante, pues si bien hubo un diagnóstico inicial acertado (Parto pretérmino), luego ante la persistencia del síntoma de dolor tipo contracción, pese a la aplicación del útero-inhibidor, debieron hacerse más pruebas a efectos de redefinirlo y así determinar los cambios en el tratamiento que fueren necesarios.

Desde luego que el corolario apuntado, se aprecia convincente en cuanto la peritación aportada se tiene como eficaz, amén de pertinente y útil, se aviene a los postulados del artículo 241 del CPC, en cuanto está dotado de firmeza, precisión y calidad en sus fundamentos, que aunque no abundaron en referencias de literatura especializada, provienen de un profesional idóneo – especializado en ginecología y obstetricia. Añádase que cobró firmeza, porque aunque medió aclaración y complementación, las partes guardaron silencio y ello significa que estuvieron conformes.

De otra parte, cabe aclarar que ante la contundencia e inamovilidad, de los conceptos postulados por el peritaje, pierden fuerza las versiones testificales de los médicos Ángela María Tapasco Acevedo (Folios 1 a 5, cuaderno No.2 pruebas parte actora), Natalia Paola Sánchez Claros (Folios 6 a 9, cuaderno No.3 pruebas comunes), Francisco Miguel Jimeno Gómez (Folios 15 a 19, cuaderno No.3 pruebas comunes) y Maribel Henao Navarro (Folios 22 a 26, cuaderno No.3 pruebas comunes), que justificaron el tratamiento por ser un parto prematuro y existir antecedente de un primer alumbramiento en esas condiciones, ello a pesar de ser personas que percibieron los hechos que son tema de prueba, pues lo cierto es que no acataron las pautas ya referidas, consistentes en revisar el diagnóstico luego de que el procedimiento aplicado en forma alguna cambiara las condiciones de la paciente.

En síntesis, acreditada la causalidad, se advierte que se incurrió en culpa porque la vigilancia de la paciente fue insuficiente, tampoco se revisó la efectividad del tratamiento y por ende el diagnóstico no varió, además que se aplicó un medicamento que es contraindicado según la experticia; todo lo dicho originó el daño, que no es otro que la muerte del feto en el vientre de la madre, por lo tanto, hasta aquí se consideran demostrados todos los elementos de la responsabilidad civil médica que se endilga a las demandadas Saludcoop EPS y la Corporación IPS Saludcoop.

A partir de lo anterior, corresponde examinar los medios exceptivos presentados por esas entidades, es así como, lo dicho por la EPS Saludcoopen cuanto a la *“inexistencia de solidaridad entre EPS e IPS”*, se desecha, a partir de lo expuesto en el acápite de legitimación (Tanto en primera instancia como en esta sede), pues como demandada está llamada a prestar a los usuarios, a través de sus agentes (Inclusive las IPS), los servicios que requieran y su infracción compromete su responsabilidad por los daños causados, en virtud a la solidaridad existente, afirmación que como se apuntó, tiene soporte legal y jurisprudencial de la CSJ.

De otra parte, están las excepciones relativas a la diligencia y discrecionalidad en la atención y al nexo causal, basta decir que los argumentos que preceden (En cuanto a que se incurrió en culpa y hay causalidad) sustentan que, en efecto, no están llamadas a prosperar.

Queda por revisar lo relativo a la *“excesiva tasación de pretensiones”,* para cuyo efecto es menester evocar que lo reclamado por los actores, es por concepto de perjuicios morales a razón de 100 smlmv para cada uno de ellos, lo cual está dentro parámetros fijados por la jurisprudencia de la CSJ[[57]](#footnote-57)-[[58]](#footnote-58)-[[59]](#footnote-59) y por lo tanto, desde ya, se desestima ese medio exceptivo.

Previo a resolver sobre el reconocimiento, es necesario retomar lo dicho por la CSJ en cuanto a la legitimación para reclamar los daños extrapatrimoniales, para ello es precisó acotar que hace poco la CSJ (2014) [[60]](#footnote-60) señaló que pertenecen a esta categoría: (i) El daño moral, (ii) El daño a la vida de relación, (iii) El daño a los derechos humanos fundamentales de especial protección constitucional y (iv) El daño a la salud. Esta clasificación no está exenta críticas de la doctrina nacional especializada[[61]](#footnote-61). Se explicó en la sentencia que estas subespecies mal deben confundirse, dada la autonomía que cada una tiene, aunque reconoció que de ordinario sucede que: *“(…) confluyan en un mismo daño por obra de un único hecho lesivo.”.*

Sobre el daño moral desde la sentencia hito[[62]](#footnote-62) (1922, caso Villaveces) de la CSJ, se dijo corresponder al pretium doloris que podía ocasionarse a una persona por: *“(…) una ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra o malicia o negligencia en el agente*.”. En el precitado fallo de 2014, se aseveró: “(…) *está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, ‘que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo’ (sentencia de 13 de mayo de 2008), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, desolación, impotencia u otros signos expresivos (…)”.* Esta noción se acoge a la de la doctrina universal contemporánea, por ejemplo, la española, según enseña el profesor Díez-Picazo[[63]](#footnote-63).

El perjuicio moral, se itera, es de naturaleza extrapatrimonial, en reciente (2016) decisión la CSJ[[64]](#footnote-64) mencionó:

… el perjuicio moral, respecto del cual esta Corte tiene dicho que hace parte de la esfera íntima o fuero psicológico del sujeto damnificado, toda vez que sólo quien padece el dolor interior conoce la intensidad de su sufrimiento, por lo que éste no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más. De ahí que el perjuicio moral no es susceptible de demostración a través de pruebas científicas, técnicas o directas, porque su esencia originaria y puramente espiritual impide su constatación mediante el saber instrumental.

Por cuanto el dolor experimentado y los afectos perdidos son irremplazables y no tienen precio que permita su resarcimiento, queda al prudente criterio del juez dar, al menos, una medida de compensación o satisfacción, normalmente estimable en dinero, de acuerdo a criterios de razonabilidad jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al sufrimiento.

(…)

Esta razonabilidad surge de la valoración de referentes objetivos para su cuantificación, tales como las características del daño y su gravedad e intensidad en la persona que lo padece; de ahí que el arbitrium iudicis no puede entenderse como mera liberalidad del juzgador. (Sublínea fuera de texto).

En suma, la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad, considera que aun cuando el daño moral es de cuantificación indeterminable, el propósito de su compensación es más como una manera de mitigación, acorde con la aflicción padecida, que porque sea resarcitorio.

Ahora bien, la prueba de la legitimación para reclamar ese perjuicio,no es un temapacífico y se ha prestado para malos entendidos, como lo documenta la doctrina[[65]](#footnote-65)-[[66]](#footnote-66) y la jurisprudencia misma[[67]](#footnote-67). Pero para ganar en brevedad, debe decirse que como en los primeras decisiones se argumentó que como las personas más cercanas a la víctima eran sus parientes, podía acudirse a las “*presunciones judiciales*” e inferir el daño moral, en adelante se entendió que por lo tanto, había exención de prueba, mas no se analizó con cuidado que las presunciones aludidas son las *“simples, judiciales o de hombre*”, equivalentes a los llamados indicios.

Dada esa inconsistencia, de nuevo la CSJ (2014), persiste en la necesaria distinción entre la mentada presunción como indicio y no como eximente de prueba, pues serios efectos procesales probatorios deviene de pasar por alto esta precisión; recabó la Corte: *“(…) cuando la jurisprudencia de la Corte ha hablado de presunción, ha querido decir que esta es judicial o de hombre. O sea, que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, (...).” (Sentencia de casación civil de 5 de mayo de 1999. Exp.: 4978).”.* En el mismo sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado[[68]](#footnote-68).

La jurisprudencia de la CSJ ha considerado que el daño corporal sufrido por alguno de los miembros de la familia es un indicio de la afección de los demás[[69]](#footnote-69), en atención a los lazos de cercanía, solidaridad y afecto.

Así las cosas, teniendo en la cuenta que la muerte es un perjuicio grave y la intensidad es severa en tratándose de un hijo respecto de sus padres (Liliana y Carlos Eugenio), se presume (Presunción de hombre o indicio) a partir del certificado de defunción (Folio 10, cuaderno principal, tomo I) que generó a estos y a su hermano Yehison Estiven (Registro civil de nacimiento, folio 11, ib.) un dolor, angustia, aflicción y desasosiego en alto grado, pues ello es lo que muestra la experiencia en condiciones normales.

Esa presunción judicial se refuerza con los testimonios de María Lilia Tabares Giraldo y Máryuri González García (Folios 322 a 327, cuaderno principal, tomo II) que dan cuenta, de que se trataba de un embarazo programado, un hijo esperado, también de los cambios en el comportamiento que generó la muerte de la criatura e incluso en el caso del menor, en cuanto al retraso en los estudios. Y también para el caso específico de Liliana, debe sumarse la valoración psíquica y psicológica practicada por médico especialista, adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Forense de esta ciudad (Folios 5 a 10, cuaderno No.6).

Por lo tanto, se tasarán los perjuicios morales sufridos por Liliana, Carlos Eugenio y Yehison Estiven, en la suma de $51.500.000 para cada uno, dada la afectación que les causó el fallecimiento, estimación que valga decir, se hace conforme el arbitrio judicial y en congruencia con lo reclamado en la demanda (Artículo 305, CPC).

No ocurre lo mismo, con los perjuicios reclamados por los abuelos maternos José Ulises González Vargas y Luz Ámparo García Morales, frente a quienes el análisis también parte del indicio de afectación por ser parientes (Registro civil de nacimiento de Liliana, folio 46, ib.), pero esa presunción judicial se desvirtuó con lo expuesto en las mencionadas atestaciones, pues solo citan que comparten la casa con los padres de la criatura, pero permanecen por fuera la mayoría del tiempo y desconocen expresamente qué perjuicio les causó el acontecimiento. A lo que suman las valoraciones psíquicas y psicológicas practicadas por médico especialista, ellas inadvirtieron cualquier tipo de afección con ocasión de ese fallecimiento (Folios 4 y 18, cuaderno No.6).

Antes de finalizar, es necesario mencionar que los testimonios de María Lilia Tabares Giraldo y Máryuri González García, fueron tachados de sospechosos por la parte demandada, en razón a que provenían a familiares de los actores. El fallador en primera instancia, guardó silencio, pero para la Sala, en este caso, advierte que ese parentesco no afectó su credibilidad, pues las deponentes se ofrecen coherentes y en sus versiones no hay cómo deducir que en su ánimo pesó más la intención de ayudar a sus parientes con la declaración, que la de colaborar con la justicia. Además cabe recordar, que el parentesco en manera alguna significa que sus versiones, se deban descartar, como entiende la doctrina civilista[[70]](#footnote-70) y la jurisprudencia de la CSJ[[71]](#footnote-71).

1. LAS DECISIONES FINALES

Las premisas jurídicas ya enunciadas sirven para acoger la apelación y revocar parcialmente la sentencia impugnada, al tenor de las motivaciones expuestas, pues se confirmará la falta de legitimación de la Corporación IPS Eje Cafetero, pero se condenará a las demás demandadas por los perjuicios causados a los demandantes. Se condenará a Saludcoop EPS y la Corporación IPS Saludcoop, ambas en liquidación, en costas, en las dos instancias, y a favor de la parte actora, por haber salido avante las pretensiones y el recurso (Artículo 365-1º, CGP). Se adicionará el fallo para negar la tacha de falsedad de los testimonios.

La liquidación se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP, sin que haya lugar a fijar las agencias en derecho en esta instancia, por así disponerlo esa normativa, al referir que: *“(…) Las costas y agencias serán liquidadas en manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera instancia (…)”*. Válido mencionar que en ese sentido se resolvió recientemente apelación, en Sala Unitaria, por el magistrado sustanciador de esta decisión[[72]](#footnote-72).

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

F A L L A,

1. CONFIRMAR el numeral 1º del fallo fechado el día 13-08-2013 del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, R., dentro del presente proceso ordinario.
2. REVOCAR los demás numerales y en su lugar, DECLARAR que Saludcoop EPS y la Corporación IPS Saludcoop ambas en liquidación, son civil y solidariamente responsables por la muerte del segundo hijo de la señora Liliana González García.
3. CONDENAR a Saludcoop EPS y la Corporación IPS Saludcoop ambas en liquidación, a pagar en forma solidaria a Liliana González García, Carlos Eugenio Melchor Tabares y Yehison Estiven Melchor González, la suma de $51.500.000 para cada uno, por concepto de perjuicios morales.
4. CONDENAR en costas en las dos instancias, a Saludcoop EPS y la Corporación IPS Saludcoop ambas en liquidación y a favor de la parte actora. Se liquidarán en primera instancia.
5. ADICIONAR la providencia recurrida, para NEGAR la tacha por sospecha, propuesta frente a los testimonios de las señoras María Lilia Tabares G. y Máryuri González G.
6. RECONOCER personería amplia y suficiente al abogado Ángel David Giraldo Acevedo para representar a la Corporación IPS Saludcoop en liquidación, en los términos del poder conferido (Folio 56, este cuaderno).
7. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen, en firme esta providencia.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

DGH / DGD / 2016

LA SENTENCIA ANTERIOR SE NOTIFICA

POR FIJACIÓN EN **ESTADO** DEL DÍA

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

JAÍR DE JESÚS HENAO MOLINA

S E C R E T A R I O

1. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, MP: José Fernando Ramírez Gómez; expediente No.5507. [↑](#footnote-ref-1)
2. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo I, 2ª edición, Legis, Bogotá DC, 2007, p. 131. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ, Civil. Sentencia del 23-04-2007, MP: Ruth Marina Díaz Rueda; expediente No.733193103001999-00125-01. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ, Civil. Providencia SC14658-2015, MP: Fernando Giraldo Gutiérrez. [↑](#footnote-ref-4)
5. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 23-09-2014; MP: Duberney Grisales Herrera, expediente No.2011-00131-01. [↑](#footnote-ref-5)
6. HENAO, Juan Carlos. El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, 2ª reimpresión, Bogotá DC, Universidad Externado de Colombia, 2007, p.95. [↑](#footnote-ref-6)
7. MAZEAUD, Henry y León, y TUNC, André. Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América - EJEA, 2011, p.385. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, MP: William Namén Vargas; expediente No.11001-3103-018-1999-00533-01. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016 del 20-06-2016, MP: Fernando Giraldo G [↑](#footnote-ref-9)
10. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. cit., p.126. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 17-11-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia de casación del 13-05-2008, MP: César Julio Valencia Copete; expediente No.1997-09327-01. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-15)
16. CSJ, Civil. (i) Sentencias del 14-03-1942, GJ, tomo XIII, p.937 y (ii) Del 14-10-1959, MP: Hernando Morales M. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ, Civil. Providencia SC2506-2016 de 02-03-2016, MP: Margarita Cabello B. [↑](#footnote-ref-17)
18. JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad civil médica, relación médico paciente, 2ª edición, editorial Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, Bogotá DC, 2011, p.142. [↑](#footnote-ref-18)
19. CSJ, Civil. Sentencia del 08-08-2011, MP: Pedro Octavio Munar C., expediente No.2001-00778. [↑](#footnote-ref-19)
20. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-20)
21. CE, Sección Tercera. Sentencia del 24-10-1990, CP: Gustavo de Greiff Restrepo, expediente No.5902. [↑](#footnote-ref-21)
22. CE, Sección Tercera. Sentencia del 30-07-1992, CP: Daniel Suárez Hernández, expediente No.6897. [↑](#footnote-ref-22)
23. CC. Sentencia T-006 de 1992. [↑](#footnote-ref-23)
24. CSJ, Civil. Providencia SC15746-2014 de 14-11-2014, MP: Fernando Giraldo G. [↑](#footnote-ref-24)
25. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-25)
26. CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-26)
27. CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-27)
28. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-28)
29. CSJ, Civil. Sentencia SC15746-2014, ob. cit. [↑](#footnote-ref-29)
30. CSJ, Civil. Sentencia del 13-09-2002, expediente No.6199. [↑](#footnote-ref-30)
31. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-31)
32. CSJ, Civil. Sentencia SC15746-2014, ob. cit. [↑](#footnote-ref-32)
33. PARRA GUZMÁN, Mario Fernando. Responsabilidad civil, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, Bogotá DC, p.285. [↑](#footnote-ref-33)
34. CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-34)
35. CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, MP: Arturo Solarte R., expediente No.20001-31-03-005-2005-00025-01. [↑](#footnote-ref-35)
36. YEPES RESTREPO, Sergio. Ob. cit., p.143. [↑](#footnote-ref-36)
37. CSJ, Civil. Sentencia SC2506-2016, MP: Margarita Cabello B. [↑](#footnote-ref-37)
38. YEPES RESTREPO, Sergio. Ob. cit., p.99. [↑](#footnote-ref-38)
39. CSJ, Civil. Sentencia del 05-03-1940; MP: Liborio Escallón. [↑](#footnote-ref-39)
40. CSJ, Civil. Sentencia del 12-09-1985; MP: Horacio Montoya G. [↑](#footnote-ref-40)
41. CSJ, Civil. Sentencia de casación del 08-08-2011, MP: Pedro O. Munar C., expediente No.2001-00778. [↑](#footnote-ref-41)
42. CSJ, Civil. Sentencia SC15746-2014, ob. cit. [↑](#footnote-ref-42)
43. CSJ, Civil. Sentencia SC10304-2014, MP: Luis Armando Tolosa Villabona. [↑](#footnote-ref-43)
44. CE, Sección Tercera. Sentencia del 17-08-2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente No.12.123. [↑](#footnote-ref-44)
45. CE, Sección Tercera. Sentencia del 06-03-2008, CP: Ruth Stella Correa Palacio, expediente No.16.191. [↑](#footnote-ref-45)
46. Ídem. [↑](#footnote-ref-46)
47. PATIÑO, Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual, Revista de la Universidad Externado de Colombia, No.20, Colombia [En línea]. 2011 [Visitado el 2016-21-10]. Disponible en internet: www.revistas.uexternado.edu.co › Inicio › Núm. 20 (2011) › Patiño [↑](#footnote-ref-47)
48. CSJ, Civil. Sentencia del 23-06-2005, expediente No.058-95. [↑](#footnote-ref-48)
49. CSJ, Civil. (i) Sentencia del 26-09-2002, expediente No.6878; (ii) Sentencia del 15-01-2008, expediente No.11001-3103-037-2000-67300-01; y (iii) Sentencia del 09-12-2013, MP: Ariel Salazar R., expediente No.88001-31-03-001-2002-00099-01. [↑](#footnote-ref-49)
50. CSJ, Civil. Sentencia SC2506-2016; ob. cit. [↑](#footnote-ref-50)
51. CSJ, Civil. Sentencia del 08-05-1990, que sigue el razonamiento de los fallos de 24-09-1952, *G.J*. No. 2119, p. 237, y del 05-07-1957, *G.J*. No. 2184, p. 676, según explica el profesor SANTOS BALLESTEROS, *ob. cit*., p.112. [↑](#footnote-ref-51)
52. JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Ob. cit., p.73. [↑](#footnote-ref-52)
53. YEPES RESTREPO, Sergio. Ob. cit., p.124. [↑](#footnote-ref-53)
54. DUQUE OSORIO, Alberto León. Tema de la prueba en la responsabilidad médica, editorial Universidad CES y Diké, Medellín, A., 2014, p.169. [↑](#footnote-ref-54)
55. DUQUE OSORIO, Alberto León. Ob. cit., p.159. [↑](#footnote-ref-55)
56. CSJ, Civil. Sentencia del 26-11-2010, MP: Pedro O. Munar C., expediente No.1999-08667-01. [↑](#footnote-ref-56)
57. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-57)
58. CSJ, Civil. Sentencia del 09-07-2012, MP: Ariel Salazar Ramírez. [↑](#footnote-ref-58)
59. CSJ, Civil. Sentencia SC13925-2016, MP: Ariel Salazar Ramírez. [↑](#footnote-ref-59)
60. CSJ, Civil. Sentencia SC10297-2014, MP: Ariel Salazar Ramírez. [↑](#footnote-ref-60)
61. MACAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2015. [↑](#footnote-ref-61)
62. CSJ, Civil. Sentencia del 21-07-1922, MP: Tancredo Nannetti, Gaceta Judicial, tomo XXIX, No.1515, p.220. [↑](#footnote-ref-62)
63. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial, tomo V, la responsabilidad extracontractual, reimpresión, Pamplona, España, Civitas – Thomson Reuters, 2014, p.316. [↑](#footnote-ref-63)
64. CSJ, Civil. Sentencia SC13925-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-64)
65. MACAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. Ob. cit., p.74. [↑](#footnote-ref-65)
66. TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ob. cit., p.392. [↑](#footnote-ref-66)
67. CSJ, Civil. Sentencias (i) 28-02-1990, MP: Héctor Marín N; (ii) 25-11-1992, MP: Carlos E. Jaramillo S., expediente No.3382; (iii) 05-05-1993, MP: Nicolás Bechara S., expediente No.4978; (iv) 05-05-1999, MP: Jorge Antonio Castillo R., expediente No.4978. [↑](#footnote-ref-67)
68. CE, Sección Tercera. Sentencia del 07-07-2011; CP: Enrique Gil Botero, expediente No.20.835. [↑](#footnote-ref-68)
69. CSJ, Civil. Sentencia del 18-12-2012, MP: Ariel Salazar Ramírez, expediente No.05266-31-03-001-2004-00172-01. [↑](#footnote-ref-69)
70. PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Prueba judicial, Análisis y valoración, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 1ª edición, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C., 2008, p.158. [↑](#footnote-ref-70)
71. CSJ, Civil. Sentencia del 31-08-2010, MP: Edgardo Villamil Portilla, expediente No.052001-00224-01. [↑](#footnote-ref-71)
72. TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Civil – Familia. Providencia del 06-10-2016; MS: Duberney Grisales Herrera, expediente No.2015-00202-02. [↑](#footnote-ref-72)