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 respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de segundo grado - Civil

Tipo de proceso : Ordinario – Responsabilidad médica

Demandantes : Julia Enith Riascos Narváez y otros

Demandado : Comfenalco EPS Antioquia

Procedencia : Juzgado Trece Civil del Circuito de Medellín, A.

Radicación : 05001-31-03-013-2008-00084-01

Mg. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA (En descongestión)

Aprobada en sesión : 503 DE 15-10-2019

**TEMAS: RESPONSABILIDAD MÉDICA / PRESTACIONES ASISTENCIALES ATRIBUIDAS A LAS EPS Y A LAS IPS / OBSTETRICIA / CRITERIO DE CULPA PROBADA / OBLIGACIÓN DE MEDIO / DEMOSTRAR LOS ELEMENTOS AXIOLÓGICOS DE LA RESPONSABILIDAD, EN PARTICULAR LA CULPA, ES CARGA DEL DEMANDANTE.**

Quien asume la profesión galénica, en su práctica se debe a las respectivas normas (Leyes 14 de 1962, 23 de 1981 y su decreto reglamentario No.3380 de 1981, Ley 1164, entre otras) 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…

Las EPS o IPS deben responder, a título de “culpa organizacional” 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…

Dadas esas características, la responsabilidad médica se configura, por lo general, en la esfera de la denominada subjetiva en el régimen de probada, criterio hoy (2018) vigente, aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como actividad peligrosa; sin embargo, a esta fecha es sólido que su título de imputación es la culpa probada… De allí, que corresponde al demandante demostrar todos los elementos axiológicos de la responsabilidad médica: (i) La conducta antijurídica, (ii) El daño, (iii) La culpabilidad (Culpa o dolo); y, (iv) La causalidad o nexo causal, salvo que sean obligaciones de resultado. (…)

Cuando el título de imputación es el de la culpa probada, no cabe duda que la carga probatoria gravita en cabeza del demandante, así lo ha señalado, en forma pacífica, el órgano de cierre de la especialidad.

A pesar de lo apuntado, esa misma Corporación desde 2001, empezó a acoger la tesis del CE de los años 1990 y 1992, incluso la misma CC, reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la “carga dinámica de la prueba”…



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Pereira, R., Dieciséis (16) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

## El asunto por decidir

La alzada formulada, por la parte demandada y las llamadas en garantía, contra la sentencia proferida el día 03-02-2012, dentro del proceso ya citado, previas las valoraciones jurídicas que pasarán a hacerse, a la luz del CPC, estatuto aplicable por haberse tramitado por escrito, integralmente, el asunto (Artículo 624, CGP).

## La síntesis de la demanda

* 1. Los supuestos fácticos relevantes. La señora Julia Enith inició controles de su primer embarazo el 11-05-2004, contaba con ocho (8) semanas. Esos seguimientos se hicieron sin evidenciar complicaciones, se fijó como fecha probable de parto el 20-12-2004. El 29-12-2004 la gestante se presentó en la EPS, por disminución de movimientos fetales, contaba con 41+2 semanas por amenorrea y 41-8 por ecografía; no tenía actividad uterina, pero se encontraba en buenas condiciones.

De allí fue remitida a la Clínica Prado, ingresó a las 11:00 a.m., no se le hizo monitoreo electrónico y a las 21:15 p.m. se realizó cesárea. Nació un bebé varón, nombrado Andrés, con meconio grado III, secreciones abundantes por boca y nariz, apgar normal a minuto 4; debió quedarse hospitalizado por dificultades respiratorias y cuadros de múltiples convulsiones, secuelas de sufrimiento fetal no diagnosticado.

Finalmente, el 13-01-2005 el pequeño egresa del centro médico, con cuadro clínico que fue definido en mayo de 2006 así: *“(…) el niño (…) tiene epilepsia con crisis clínica multifocales y crisis mioclínicas (…) No se sienta, se voltea hacía los lados y decúbito prono a supino. No gatea, no agarra. Las respuestas visuales flash y flash patrón están ausentes (…)”* (Folios 118-123, cuaderno principal).

* 1. Las pretensiones. (i) Declarar extracontractualmente responsable a la demandada; (ii) Condenar al pago de perjuicios patrimoniales, morales en 800 gramos oro, para cada demandante, y fisiológicos (A la relación de vida (*Sic*)) en 5.000 gramos oro para Andrés Valencia Riascos; montos que habrán de indexarse; y, (iii) Condenar en costas y agencias en derecho (*Sic*) a la demandada (Folio 125, cuaderno principal).

1. La defensa de la parte pasiva

* 1. Demandada

*Caja de Compensación Familiar, Comfenalco Antioquia.* Admitió algunos de los hechos, otros parcialmente y explicó. Se opuso a las pretensiones y excepcionó de mérito: (i) Ruptura del nexo causal entre la “falla del servicio” (*Sic*) y el perjuicio reclamado; (ii) Ausencia de culpa o “falla en el servicio” (*Sic*); (iii) Reducción de la pretensión económica; (iv) Inexistencia de causa jurídica; (v) Caso fortuito, fuerza mayor o hecho de un tercero; (vi) Exclusión del señor Guillermo León Valencia Orrego como demandante; y, (vi) Genérica (Folios 167-177, cuaderno principal).

* 1. Llamados en garantía
     1. *Clínica del Prado SA.* (Citada por la demandada) Respondió y explicó los hechos. Resistió las pretensiones y formuló como excepciones: (i) Inexistencia de nexo de causalidad; (ii) Ausencia de dolo, negligencia o culpa en el procedimiento quirúrgico practicado; y, (iii) Diligencia y cuidado en la selección del personal médico (Folios 43-48, cuaderno No.2).
     2. *Seguros Generales Suramericana SA.* (Convocada por la Clínica del Prado SA) afirmó desconocer los hechos de la demanda, rechazó las pretensiones y como excepciones de fondo enunció: (i) Inexistencia de responsabilidad de las EPS e IPS – Falta de los elementos culpa y nexo causal; (ii) Tasación excesiva e indebida de perjuicios; (iii) Solicitud de un mismo perjuicio bajo dos (2) denominaciones. Frente al llamamiento propuso: (i) Inexistencia de obligación a indemnizar - Límite temporal de cobertura- Definición del siniestro; (ii) Deducible pactado para amparo de responsabilidad; (iii) Límite del valor asegurado para los amparos de responsabilidad civil; y, (iii) Disponibilidad del valor asegurado (Folios 86-94, cuaderno No.3).

1. La sinopsis de la sentencia apelada

En la resolutiva: (i) Desestimó las excepciones de la parte demandada y las llamadas en garantía; (ii) Declaró solidariamente responsables a EPS e IPS, por lo que las condenó a pagar como perjuicios: (a) $90.000.000 al menor por daño a la vida de relación; y, por daño moral $53.000.000, para este; y para su madre igual valor; $28.100.000 al padre, por ese mismo concepto; que serían cubiertos por la aseguradora en virtud al llamamiento; y, (b) $24.900.000 a favor del progenitor por daño moral, pagaderos por La Clínica del Prado SA y Comfenalco EPS; (iii) Dispuso intereses legales; e, (iv) Impuso condena en costas a la demandada.

Ubicó la responsabilidad en la contractual y extracontractual (*Sic*). Explicó que por tratarse de un acto médico en el área de ginecobstetricia debía partirse del indicio de que a embarazo normal, parto o cesárea igual, de allí que coligió culpa en la EPS e IPS. Añadió que se demostró que hubo demora en la atención, pues la gestante llegó a las 12:15 meridiano a la clínica y el procedimiento solo se hizo a las 9:30 p.m. Finalmente, señaló que fue conclusión del perito que el asunto era de urgencia, porque la madre consultó por no haber iniciado actividad uterina y disminución de movimientos fetales. Los perjuicios fueron tasados acorde con la jurisprudencia de la CSJ vigente (Folios 330-340, cuaderno principal).

1. El resumen de las alzadas
   1. *Caja de Compensación Familiar, Comfenalco Antioquia.* Cuestionó que se aplicara la tesis de la carga dinámica de la prueba, cuando la vigente en la jurisprudencia, es la culpa probada; además, porque se partió del aludido indicio, con desconocimiento de las complicaciones que pueden presentarse durante el parto. Señaló que, en esas condiciones, se estimó a la ginecobstetricia como una ciencia exacta, de resultado, no de medio como lo es.

Enseguida, detalló los signos que presentaba la gestante y los del menor al nacer, para luego afirmar que de lo expuesto por el perito, en modo alguno, puede decirse que la hipoxia sufrida por pequeño se debió a un error de conducta del personal médico. Desestimó, acorde con el peritaje y las atestaciones, que hubiese urgencia que impidiera saltar el ayuno, de allí el tiempo transcurrido para la cesárea (Folios 350-357, ídem). Todos los argumentos se ratificaron en segunda instancia (Folios 18-21, cuaderno No.8).

* 1. *Clínica del Prado SA.* Aseguró que el fallo confundió la presunción de culpa con la carga dinámica de la prueba, cuando el régimen imperante es de culpa probada. Reparó que esa decisión partiera de indicios (Embarazo normal, parto normal y demora en el procedimiento), cuando los medios probatorios (Historia clínica, dictamen y atestaciones) evidencian que la atención dispensada fue correcta y ajustada a los parámetros médicos. Agrega que la causa del daño padecido por el menor, no quedó establecida en el decurso procesal (Folios 8-14 y 22-28, cuaderno No.8).
  2. *Seguros Generales Suramericana SA.* Estimó que la decisión inaplicó el principio de la carga de la prueba en cabeza del demandante, respecto a los elementos de la responsabilidad civil médica. Dejó de acreditarse que se hubieran presentado conductas culposas y que estas fueran las causantes de los daños alegados. Rebatió que el fundamento probatorio fueran los indicios aludidos por los otros apelantes. Detalló las pruebas recaudadas y expuso que de ellas, lo que se concluye es una adecuada atención.

También reparó que se ordenara a esa entidad pagar los perjuicios, fue errada la interpretación normativa hecha por el fallador, en ese aspecto. En ese mismo sentido, señaló que la condena a esa entidad es incongruente, porque no hay pretensiones frente a ella (Folios 29-40, cuaderno No.8).

1. la fundamentación jurídica para decidir
   1. La competencia en esta sede. Esta Sala tiene habilitación legal para desatar la alzada, conforme la asignación que se hiciera en cumplimiento del Acuerdo PCSJA19-11327 del CSJ, que adoptó unas medidas de descongestión y redistribución de procesos, civiles y de familia del sistema escritural, que se encontraban pendientes de fallo.
   2. Los presupuestos de validez y eficacia. La demanda es idónea y los sujetos procesales tienen aptitud jurídica suficiente para participar en el proceso. No hay causales invalidantes que afecten el procedimiento.
   3. Los presupuestos materiales. Este examen es oficioso, por manera que con independencia de lo alegado por las partes, corresponde siempre analizar su concurrencia, así lo entiende la CSJ[[1]](#footnote-1), en criterio que acoge sin reparos este Tribunal[[2]](#footnote-2). Cuestión diferente es el análisis de prosperidad de la súplica. La legitimación en la causa, está cumplida para ambos extremos de la relación procesal, así pasará a explicarse.

En orden metodológico, se impone definir primero el tipo de pretensión postulada en ejercicio del derecho de acción, para luego constatar quiénes están habilitados por el ordenamiento jurídico para elevar tal pedimento y quiénes están autorizados para resistirlo, es decir, esclarecida la súplica se determina la legitimación sustancial de los extremos procesales.

Al formularse la demanda se especificó que la responsabilidad era de tipo extracontractual (Folios 118 y 119, cuaderno principal); empero, el juzgador de primera de instancia optó, sin argumentación, por encuadrarla en ambas órbitas (Contractual y extracontractual), en la forma acumulada que admite la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad (CSJ)[[3]](#footnote-3). De esa manera se interpretó la demanda, tal como señaló esa Corporación, recientemente (28-08-2019)[[4]](#footnote-4), debía hacerse en este aspecto.

Descendiendo al caso, entonces, hay legitimación de parte de la señora Julia Enith, pues fue quien como paciente (En calidad de cotizante) consintió en recibir los servicios médicos, relación jurídica aceptada por la EPS (Respuesta a hecho 6º, folio 168, cuaderno principal); además, este tipo de negocios está excluido de solemnidad alguna.

Por su parte, el menor Andrés Valencia Riascos, por quien se reclaman los perjuicios causados en su posición de beneficiario, y del señor Guillermo León Valencia Orrego, como padre de este; quienes siendo ajenos a la mencionada relación negocial, sus pretensiones reparatorias son extracontractuales o *aquilianas,* por ser “víctimas indirectas o de rebote”, y por esa calidad, la pretensión ejercida es personal y no hereditaria[[5]](#footnote-5)-[[6]](#footnote-6). Obra para acreditar la condición de padre el respectivo registro civil (Folio 107, ídem).

En lo atinente a la legitimación por pasiva, se tiene que a Comfenalco EPS Antioquía, es a quien la parte demandante, le imputa la conducta dañina (Artículos 2341 y 2344, CC), por ser la entidad afiliadora que prestó atenciones a la madre; se le atribuye participación en la causación del daño ocasionado a la gestante y al menor, “*coautoría en la producción del perjuicio*”[[7]](#footnote-7). Esta aseveración tiene fundamento normativo en el sistema de seguridad social en salud (Ley 100, artículos 177 y 178-6º), como lo reconoce la jurisprudencia de la CSJ[[8]](#footnote-8)-[[9]](#footnote-9); y ello por cuanto, están llamadas a prestar a los usuarios, a través de sus agentes, los servicios que requieran con arreglo a los principios que rigen ese régimen.

Ningún reparo hay sobre la vinculación de la Clínica del Prado SA, como llamada en garantía, pues la EPS demandada le atribuyó responsabilidad, dada sus intervenciones en la atención de los pacientes (Artículo 2344, CC, la solidaridad directa y SC5885-2016) y en virtud al contrato que los atan (Folios 5-8 cuaderno No.2). Tampoco hay censura en la citación hecha, en idéntica calidad, de la Compañía Suramericana de Seguros SA, según la póliza suscrita con la IPS (Folios 12-37, cuaderno No.3).

* 1. El problema jurídico a resolver. ¿Se debe revocar, modificar o confirmar la sentencia estimatoria, según esgrimen las apelaciones de la parte demandada y las llamadas en garantía?
  2. La resolución del problema jurídico

Concretados 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 puntos censurados, según enseña la doctrina de la CSJ[[10]](#footnote-10).

* + 1. La responsabilidad médica y sus particularidades

Previo a revisar los reproches formulados, es necesario destacar que la responsabilidad civil médica es aquella que puede generarse con ocasión de la aplicación de esa ciencia, dados los efectos que tiene en la vida, la integridad física o emocional y la salud de las personas. El profesor Santos B.[[11]](#footnote-11) la define como: *“(…) una responsabilidad profesional que estructura un comportamiento antijurídico como consecuencia del incumplimiento de deberes jurídicos a cargo de los médicos, relacionados con la práctica o ejercicio de su actividad (…)”*.

Quien asume la profesión galénica, en su práctica se debe a las respectivas normas (Leyes 14 de 1962, 23 de 1981 y su decreto reglamentario No.3380 de 1981, Ley 1164, entre otras) 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.

Las EPS o IPS deben responder, a título de “culpa organizacional”[[12]](#footnote-12) 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 concibe la reciente jurisprudencia de la CSJ (2017) [[13]](#footnote-13).

Dadas esas características, la responsabilidad médica se configura, por lo general, en la esfera de la denominada subjetiva en el régimen de probada[[14]](#footnote-14), criterio hoy (2018) vigente[[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 título de imputación es la culpa probada[[17]](#footnote-17), según el precedente constante de la CSJ[[18]](#footnote-18) y la doctrina mayoritaria[[19]](#footnote-19)-[[20]](#footnote-20), sin miramientos a que sea la modalidad contractual o extracontractual. De allí, que corresponde al demandante demostrar todos los elementos axiológicos de la responsabilidad médica: (i) La conducta antijurídica, (ii) El daño, (iii) La culpabilidad (Culpa o dolo); y, (iv) La causalidad o nexo causal [[21]](#footnote-21), salvo que sean obligaciones de resultado.

* + 1. La carga probatoria

En la responsabilidad sanitaria la regla general es que las obligaciones debidas por los médicos en su ejercicio, son de medio[[22]](#footnote-22)-[[23]](#footnote-23) y de manera excepcional de resultado[[24]](#footnote-24), entre otras las cirugías estéticas reconstructivas, el diligenciamiento de la historia clínica y la obtención del consentimiento[[25]](#footnote-25), la elaboración de prótesis, el secreto profesional[[26]](#footnote-26); distinción reiterada en recientes (2017 y 2018)[[27]](#footnote-27) decisiones. Así que 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[[28]](#footnote-28), ha sostenido que en las primeras obligaciones citadas hay implícito un mayor esfuerzo demostrativo para el reclamante[[29]](#footnote-29).

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”.* Sub-línea puesta a propósito por esta Sala.

Cuando el título de imputación es el de la culpa probada, no cabe duda que la carga probatoria gravita en cabeza del demandante, así lo ha señalado, en forma pacífica, el órgano de cierre de la especialidad[[30]](#footnote-30).

A pesar de lo apuntado, esa misma Corporación desde 2001[[31]](#footnote-31), empezó a acoger la tesis del CE de los años 1990[[32]](#footnote-32) y 1992[[33]](#footnote-33), incluso la misma CC[[34]](#footnote-34), reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la “*carga dinámica de la prueba*”[[35]](#footnote-35) (Hoy con reconocimiento normativo expreso en el artículo 167, CGP) y “*dependiendo de las circunstancias del asunto*”, el juzgador atribuirá el deber de acreditación sobre determinado hecho, teniendo[[36]](#footnote-36): *“(…) 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, por primera vez, la doctrina anotada. En el área de la responsabilidad médica, la posición se conserva en estos días[[37]](#footnote-37).

Ahora bien, en frente a los casos relativos al área de la obstetricia, es escaso el precedente en esta jurisdicción, se tiene como referente insular una reciente decisión (2017)[[38]](#footnote-38), en la que parece adscribirse a la responsabilidad objetiva, pero es una tesis que no tuvo acogida mayoritaria.

Así las cosas, tal como se hiciera en precedencia en esta Colegiatura en múltiples decisiones de esta Sala[[39]](#footnote-39) y de otra[[40]](#footnote-40); al acudir a la jurisprudencia del CE (Criterio auxiliar de interpretación[[41]](#footnote-41)), se tiene que inicialmente se consideró 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[[42]](#footnote-42), 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) o mejor “culpa” en el servicio médico, por lo tanto, el régimen es subjetivo (2018)[[43]](#footnote-43).

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 (…)”[[44]](#footnote-44)*.

* + 1. El caso concreto objeto de análisis

Como viene de verse, acorde con los reproches de los recurrentes, el análisis, inicialmente, debe centrarse en la culpa, pues pese a que, como se dijo en el acápite anterior, en el área de la obstetricia si bien puede partirse del aludido indicio, en manera alguna releva de acreditar todos los presupuestos de la responsabilidad en el régimen de culpa probada; la decisión confutada, advirtió ese elemento solo a partir del aludido indicio y en la tardanza para aquella intervención. Después, si a ello hay lugar, se revisará el nexo causal y las exonerantes (Causa extraña).

Antes de hacer ese examen, preciso es esclarecer la causalidad y la culpabilidad, para resaltar que esas categorías conceptuales, en la dogmática de la responsabilidad, contractual o extracontractual, civil o estatal, guardan diferencias sustanciales, son autónomas, aunque se relacionan. La culpabilidad como fundamento, se refiere a la valoración subjetiva de una conducta[[45]](#footnote-45)-[[46]](#footnote-46), mientras que la causalidad es la constatación objetiva de una relación natural de causa-efecto, no admite presunciones y siempre debe probarse[[47]](#footnote-47), por su parte la culpabilidad si las tiene y desde luego relevan de su acreditación (Artículos 2353 y 2356, CC, 982 y 1003, CCo, entre otras). Se anota aquí que la CSJ en algunas providencias (SC-13925-2016 y SC-002-2018) ha planteado inclinarse por una “*causalidad normativa*”, sin embargo, es tesis que no ha se consolidado y en parecer de esta Sala, se halla en construcción todavía.

Además ha de recordarse que en materias médicas, aunque existe libertad probatoria, es insuficiente el sentido común o reglas de la experiencia, porque tratándose de un tema científico, el instrumento persuasivo que mejor se aviene es: “*El dictamen médico de expertos médicos es indudablemente (…) 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. (…)”*[[48]](#footnote-48); sin embargo, el juez habrá de acudir también a los documentos o testimonios técnicos, para esclarecer la cuestión sometida a su escrutinio, según el artículo 177, CPC, sobre apreciación conjunta de las pruebas. Sin tener parámetros de comparación, ante la ausencia de probanzas de ese talante, es poco plausible atribuir una inadecuada atención.

Para esta Magistratura, al contrario de lo decidido en primera instancia, valorado el material probatorio acopiado, no se evidencian errores de conducta del personal médico que demuestren su culpabilidad, insuficiente es el indicio, la embarazada ningún signo de urgencia o inminencia mostraba y la cesárea debió programarse, horas más tarde, ante la falta de ayuno. Tal como pasará a exponerse.

Descendiendo al cúmulo demostrativo, obra la experticia rendida, inicialmente, por el doctor Gabriel J. Vélez R., especialista en pediatría y neurología infantil designado por la Universidad CES (Folios 217-218, cuaderno No.5), describió la enfermedad actual, la discapacidad y los apoyos que requería el menor Andrés, los que explicó tenían origen en una encefalopatía prenatal, cuya causa no fue determinada. Acotó que según la historia clínica la gestante presentó disminución de movimientos fetales. Ningún dato suministró relativo a que ello implicara una atención diferente a la que le fue prestada.

Luego, se acercó otra pericia, dada la aclaración decretada de oficio, realizada por el doctor César A. Giraldo G., especialista en patología adscrito a esa misma entidad (Folios 221-224, ídem). Hizo una descripción similar (Más amplia) de las condiciones del menor. Destacó que la consulta fue porque la madre sentía disminución de movimientos fetales, no lo encuadró en “urgencia” como lo entendió la sentencia apelada.

Señaló que la demanda alegaba la existencia de estrechez pélvica, pero ella no estaba documentada en la historia clínica; empero, enseguida, sin explicación e incluso sin descenderlo específicamente al caso, refiere que aquel síntoma, la falta de movimientos fetales y un embarazo prolongado (También sin aclarar que se presentara en el caso), sugerían la práctica de un monitorio electrónico que habría podido determinar si había sufrimiento fetal.

Nunca aseguró que ese sufrimiento hubiese acaecido por una inadecuada atención, así se infiere cuando expresa: *“(…) no existe documentación en la historia clínica que permita afirmar la existencia de un proceso patológico explicativo del sufrimiento fetal agudo, pero el compromiso neurológico del neonato, con convulsiones desde el primer día de vida, indica que esa hipoxia ante parto existió, sin embargo es lo usual que hasta en el 29% de los casos se de (Sic) hipoxia ante parto (…)”* (Folio 223, ib.). En el mismo sentido, se entienden sus aclaraciones (Folios 221-224, ib.):

… no se documentó ningún signo de alteración materna que llevara a sufrimiento fetal, ni tampoco había ruptura precoz de membrana. (…)

1. se aclara que no se encontró signo claro de alarma que indicara que había un sufrimiento fetal agudo…
2. El embarazo transcurría sin complicaciones, y este evento pudo ocurrir a pasar (Sic) de ello… (Folio 238, ib.).

Estos dictámenes, tasados conjuntamente, pues el segundo fue la aclaración del primero, se advierte que fueron hechos por especialistas en la materia, que en su contexto general se aprecian claros, convincentes, coherentes, por ende se estiman eficaces, amén de pertinentes y útiles, ya que se avienen a los postulados del artículo 241, CPC, están dotados de precisión, calidad en sus fundamentos y proviene de profesionales idóneos. Añádase que las partes, pudiendo discutirlo vía objeción, guardaron silencio, lo que significa que estuvieron conformes.

Tampoco es posible evidenciar los enunciados errores de conducta, en las versiones testificales de los profesionales que atendieron a la materna y al menor neonato, quienes se consideran testigos técnicos, por ese contacto directo con los pacientes, según la ilustración académica que puede consultarse en las obras de los profesores Devis E.[[49]](#footnote-49), Serrano E.[[50]](#footnote-50), Bermúdez M.[[51]](#footnote-51) o Rojas G.[[52]](#footnote-52), referida en extenso en decisiones precedentes de esta misma Sala[[53]](#footnote-53) y en la jurisprudencia de la CSJ (2017[[54]](#footnote-54)).

Tales declarantes fueron: (i) Óscar A. Restrepo O. médico general que atendió la materna en controles prenatales (Folios 9-11, cuaderno No.7); (ii) Ricardo A. Vásquez Ruiz, ginecólogo y obstetra que realizó la cesárea (Folios 1-4, cuaderno No.7); y los pediatras: (iii) Margarita R. Ángel C., con pasantía en neonatología (Folios 5-8, cuaderno No.7); (iii); (iv) Carlos M. Henao C. neonatólogo (Folios 89-92, cuaderno No.4).

De estas atestaciones, puede concluirse que: (i) La madre tenía un embarazo normal con bajo riesgo obstétrico; (ii) Previó a la cesárea, estaba en buenas condiciones, con signos vitales estables y con frecuencia cardiaca fetal normal, de ninguna manera indicativo de sufrimiento del bebé; (iii) Le fue programada cesárea, porque eran inexistentes signos de alarma, que implicaran urgencia, y faltaba ayuno (Había ingerido alimentos a las 12 del día). Todas estas situaciones encuentran respaldo con lo anotado en la historia clínica, tal como lo describió, detalladamente, la doctora Margarita R. Ángel C. (Folio 6, vuelto, cuaderno No.7).

También todos los deponentes confluyeron en afirmar que la atención fue adecuada, diligente y ajustada a los protocolos. De manera que hasta aquí los medios persuasivos, no son indicativos de culpa del personal médico, ni por inadecuado menos por tardío.

Necesario señalar que en el expediente, también obran: (i) La historia clínica(Folios 1-105, 222-254, cuaderno principal; así como folios 7-36, cuaderno No.4, entre otras), empero, de su sola lectura, no surge que se hayan presentado los mencionados errores de conducta, pues como de tiempo atrás lo ha considerado la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad (CSJ)[[55]](#footnote-55), y recientemente (2018)[[56]](#footnote-56), lo recordó al indicar “(…) *la historia clínica, en sí misma,* *no revela los errores médicos imputados (…)”,* pues reitera, “(…) *Tratándose de asuntos médicos, cuyos conocimientos son especializados, se requiere esencialmente que las pruebas de esa modalidad demuestren la mala praxis”.*

Igualmente están (ii) Los testimoniosde Adriana M. Ortiz C., María A. Riascos O. y Flor N. García G. (Folios 207-211, 213-215, cuaderno No.5), pero sus relatos de manera general, son relativos a los perjuicios morales y a la vida de relación, por lo que resultan ser medios verificadores impertinentes, para valorar el error médico.

Y por último, (iii) La atestación del especialista en ginecobstetricia y fetología, Arturo Cardona O. (Folios 84-88, cuaderno No.4), cuyas apreciaciones no fueron abordadas en este proveído, pese a ir en el mismo sentido de lo concluido por los demás profesionales de la salud que declararon; por no poderse calificar como un testigo técnico, pues ninguna atención le brindó a los pacientes. Ello sin perjuicio de la postura sobre el testigo experto, cuya tesis fue expuesta por la CSJ[[57]](#footnote-57), pero que no ha tenido desarrollos jurisprudenciales posteriores, por lo que habrá de esperarse para saber si se consolida o varía.

Corolario de lo expuesto, en forma alguna el análisis de las pruebas, acredita errores de conducta por parte del personal médico, y se itera era insuficiente el indicio apreciado por el juez de instancia; debían probarse todos los elementos de la responsabilidad, más al faltar prueba de la culpabilidad, inane es revisar la causalidad.

Entonces, debían desestimarse las pretensiones, vano resulta ocuparse de las excepciones de mérito presentadas, esa es la lógica procesal de acatar, que se acompasa con la doctrina judicial de la CSJ[[58]](#footnote-58).

No sobra acotar que llama la atención que el fallo reconoció la responsabilidad civil sin verificar el elemento causal, ingrediente axial de tal declaración.

1. LAS DECISIONES FINALES

Lo discurrido en los acápites enunciados permite colegir que la apelación es fundada y por lo tanto, debe revocarse la sentencia y negar las pretensiones. Se condenará en costas en ambas instancias, a la parte actora y a favor de la demandada, dada la revocatoria íntegra del fallo en este estrado (Artículo 365-4º, CPC).

La liquidación de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366, CGP, las agencias en esta instancia se fijarán en auto posterior, conforme a las reglas transición (Artículo 625-c), CGP). Se hará en auto y no en la sentencia misma, porque esa expresa novedad, introducida por la Ley 1395 de 2010, desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365, CGP.

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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. REVOCAR, en su totalidad, la sentencia fechada el día 03-02-2012 del Juzgado 13º Civil del Circuito de Medellín, en su lugar, DENEGAR las pretensiones de la demanda.
2. CONDENAR en costas, en ambas instancias, a la parte demandante y a favor de la demandada. Se liquidarán en primera instancia y las agencias en esta sede, se fijaran en auto posterior.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

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

1. CSJ. SC1182-2016, reiterada en la SC16669-2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. TSP, Civil-Familia. Sentencias del: (i) 01-09-2017; MP: Grisales H., No.2012-00283-02; (ii) 06-11-2014; MP: Arcila R., No.2012-00011-01; y, (iii) 19-12-2014; MP: Saraza N., No.2010-00059-02. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ, Civil. Sentencias de (i) 17-11-2011, MP: Namén V.; No.1999-00533-01; (ii) 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778-01; y; (iii) 30-01-2001, MP: Ramírez G.; No.5507, entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ. STC11525-2019. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-5)
6. TAMAYO J., Javier. ob. cit., p.126. [↑](#footnote-ref-6)
7. SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, 3ª edición, Bogotá DC, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.498. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ. SC8219-2016 y SC9193-2017. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ, Civil. Sentencia del 08-09-2009, MP: Villamil P.; No.2001-00585-01. [↑](#footnote-ref-10)
11. SANTOS B., Jorge. Ob. cit.p.95. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ. SC13925-2016 y SC9193-2017. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ídem. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ. SC-003-2018. [↑](#footnote-ref-15)
16. CSJ, Civil. Sentencias de: (i) 14-03-1942, GJ, tomo XIII, p.937; y, (ii) 14-10-1959, MP: Morales M. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ. SC2506-2016 y SC003-2018. [↑](#footnote-ref-17)
18. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, Ob. cit. [↑](#footnote-ref-18)
19. JARAMILLO J., Carlos I. Responsabilidad civil médica, relación médico paciente, 2ª edición, editorial Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, Bogotá DC, 2011, p.142. [↑](#footnote-ref-19)
20. BARONA B., Ricardo. Responsabilidad médica y hospitalaria, Leyer, 2016, Bogotá DC, p. 324. [↑](#footnote-ref-20)
21. CSJ. SC003-2018. [↑](#footnote-ref-21)
22. PARRA G., Mario F. Responsabilidad civil, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, Bogotá DC, p.285. [↑](#footnote-ref-22)
23. CSJ. Civil. Sentencia del 05-11-2013, MP: Solarte R., No.2005-00025-01 y SC8219-2016. [↑](#footnote-ref-23)
24. YEPES R., Sergio. La responsabilidad civil médica, Biblioteca jurídica Diké, edición 9ª, 2016, Medellín, p.97. [↑](#footnote-ref-24)
25. CSJ. SC2506-2016. [↑](#footnote-ref-25)
26. YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.99. [↑](#footnote-ref-26)
27. CSJ. SC003-2018 y SC7110-2017. [↑](#footnote-ref-27)
28. CSJ, Civil. Sentencias: (i) Del 05-03-1940; MP: Escallón; (ii) Del 12-09-1985; MP: Montoya G.; y, (iii) Del 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778. [↑](#footnote-ref-28)
29. CSJ. SC15746-2014. [↑](#footnote-ref-29)
30. CSJ. SC003-2018. [↑](#footnote-ref-30)
31. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-31)
32. CE, Sección Tercera. Sentencia del 24-10-1990, CP: De Greiff R., No.5902. [↑](#footnote-ref-32)
33. CE, Sección Tercera. Sentencia del 30-07-1992, CP: Suárez H., No.6897. [↑](#footnote-ref-33)
34. CC. T-006 de 1992. [↑](#footnote-ref-34)
35. CSJ. SC15746-2014. [↑](#footnote-ref-35)
36. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-36)
37. CSJ. SC8219-2016, SC21828-2017 y SC003-2018. [↑](#footnote-ref-37)
38. CSJ. SC9193-2017. [↑](#footnote-ref-38)
39. TSP, Civil-Familia. Sentencias del: (i) 26-09-2018, No.2013-00150-01; (ii) 25-07-2017, No.2012-00247-01; (iii) 19-12-2016, No.2012-00245-01; y, (iv) 07-12-2016, No.2012-00322-01; MP: Grisales H. [↑](#footnote-ref-39)
40. TSP, Civil-Familia. Sentencias del: (i) 12-03-2019, No.2017-00063-01; (ii) 17-05-2017, No.2012-00294-02; y, (iii) 30-06-2016, No.2012-00254-01; MP: Saraza N. [↑](#footnote-ref-40)
41. CSJ. SC10304-2014. [↑](#footnote-ref-41)
42. CE, Sección Tercera. Sentencia del 17-08-2000, CP: Hernández E., No.12.123. [↑](#footnote-ref-42)
43. CE, Sección Tercera. Sentencias de: (i) 06-03-2008, CP: Correa P., No. 16.191; (ii) 02-05-2017, CP: Díaz del C., No.37.493; (iii) 29-04-2018, CP: Velásquez R., No.44.222; y, (iv) 10-04-2018, CP: Díaz del C., No.38.888. [↑](#footnote-ref-43)
44. Ídem. [↑](#footnote-ref-44)
45. SANTOS B., Jorge. Ob. cit. p.423. [↑](#footnote-ref-45)
46. PATIÑO, Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual, Revista de la Universidad Externado de Colombia, No.20, Colombia [En línea]. 2011 [Visitado el 2019-05-28]. Disponible en internet: www.revistas.uexternado.edu.co › Inicio › Núm. 20 (2011) › Patiño [↑](#footnote-ref-46)
47. CSJ, Civil. Sentencia del 23-06-2005, No.058-95. [↑](#footnote-ref-47)
48. 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 B., *ob. cit*., p.112. [↑](#footnote-ref-48)
49. DEVIS E., Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo segundo, 5ª edición, Bogotá DC, Temis, 2006, p.65. [↑](#footnote-ref-49)
50. SERRANO E., Luis G. El régimen probatorio en la responsabilidad médica, 5ª edición, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2012, p.278-281. [↑](#footnote-ref-50)
51. BERMÚDEZ M., Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte, 2ª edición, Bogotá DC, Legis SA, 2016, p.110. [↑](#footnote-ref-51)
52. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo III, pruebas civiles, ESAJU, Bogotá DC, 2015, p.364. [↑](#footnote-ref-52)
53. Entre otras las sentencias de: (i) 23-08-2018, No.2012-00291-01; (ii) 14-06-2017, No.2012-00262-01; (iii) 07-04-2017, No.2012-00275-01 y (iv) 01-11-2016, No.2012-00290-01. [↑](#footnote-ref-53)
54. CSJ. SC9193-2017. [↑](#footnote-ref-54)
55. CSJ. SC15746-2014. [↑](#footnote-ref-55)
56. CSJ. SC5641-2018 y SC003-2018, entre otras. [↑](#footnote-ref-56)
57. CSJ. SC9193-2017. [↑](#footnote-ref-57)
58. CSJ, Civil. SC4574-2014. [↑](#footnote-ref-58)