



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA
DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

SC-0014-2022

ASUNTO : SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO
TIPO DE PROCESO : VERBAL – RESPONSABILIDAD MÉDICA
DEMANDANTES : LINA ESPERANZA RESTREPO GARZÓN Y OTROS
DEMANDADA : CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR RISARALDA
PROCEDENCIA : JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA, R.
RADICACIÓN : 66001-31-03-005-**2019-00200-01**
TEMAS : CARGA PROBATORIA – HISTORIA CLÍNICA - PERITAJES
MAG. PONENTE : DUBERNEY GRISALES HERRERA
APROBADA EN SESIÓN : 113 DE 23-03-2022

VEINTITRÉS (23) DE MARZO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso vertical propuesto por la parte actora, contra la sentencia emitida el día **05-03-2021** (Recibido de reparto el día 24-03-2021), con la que se definió el litigio en primer grado.

2. LA SÍNTESIS DE LA DEMANDA

2.1. LOS HECHOS RELEVANTES. La señora Lina E. Restrepo G., afiliada como beneficiaria a la EPS SOS SA, durante su embarazo, tuvo controles, con resultados normales. El 27-06-2015 ingresó a la clínica Comfamiliar Risaralda de Pereira, en trabajo de parto, sin justificación le suministraron oxitocina, que no fue monitorizada en sus efectos, y que, para el caso, sufrió

su hijo al nacer; según los dictámenes del Instituto Nacional de Medicina Legal y Forenses y la Universidad CES de Medellín.

La historia clínica está incompleta, en especial faltan anotaciones del ginecólogo que la atendió, se omitió partograma y registrar los cuidados con el menor, quien nació con complicaciones; esta falencia se estima indicio de la inadecuada prestación del servicio. El pequeño quedó con lesiones a nivel neurológico que permanecerán por el resto de su vida, pues afectan su motricidad, reflejos de prensión, succión, entre otros; y que impactan, también a su madre e integrantes del núcleo familiar [Carpeta 01PrimeraInstancia, Cuaderno Co1Principal, pdf No. 001, folios 10-21].

2.2. LAS PRETENSIONES. (i) Declarar civilmente responsable a la demandada de los perjuicios causados al menor LDGR¹, por vía **(a)** contractual (Principal) y **(b)** extracontractual (Subsidiaria); **(c)** contractual a favor de Lina Esperanza Restrepo Garzón (Madre); **(d)** extracontractual a favor de Ma. Magnolia Garzón G. (Abuela), José Rogelio Restrepo G. (Tío), Romilio Restrepo G. (Tío) y Carmen A. Restrepo G. (Tía); **(ii)** Condenar a pagar a favor del menor: daño emergente futuro y a la salud; también, para aquel y demás demandantes, daños morales, a la salud y a la vida de relación; **(iii)** Pagar intereses moratorios; y, **(iv)** Condenar en costas a la demandada (Sic) [Carpeta 01PrimeraInstancia, Cuaderno Co1Principal, pdf No. 001, folios 5-10].

3. LA DEFENSA DE LA PARTE PASIVA

3.1. LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE RISARALDA – COMFAMILIAR RISARALDA (DEMANDADA). Aceptó los hechos 2º y 3º, dijo no constarle otros y negó la mayoría. Repelió las pretensiones y formuló como excepciones: **(i)** Inexistencia de nexo causal y causalidad médico legal, que eximen de responsabilidad; **(ii)** Autorización expresa de la paciente para realizar

¹ Se omite el nombre por expresa disposición del artículo 9º, Decreto 806 de 2020.

procedimiento; y, **(iii)** La genérica [Carpeta 01PrimeraInstancia, Cuaderno Co1Principal, pdf No. 001, folios 174-200 y pdf No. 002, folios 1-5].

3.2. ALLIANZ SEGUROS SA (LLAMADA EN GARANTÍA). Dijo no constarle los hechos, se opuso a las súplicas y adhirió a las excepciones de fondo formuladas por la entidad llamante, también planteó: **(i)** La conducta de la IPS fue diligente, idónea y oportuna; **(ii)** El régimen aplicable es de culpa probada; **(iii)** El contenido obligacional del servicio médico es de medio, no de resultado; **(iv)** Excesiva e injustificada tasación de perjuicios. Y respecto al llamamiento, entre otras, formuló: **(i)** Prescripción ordinaria de las acciones derivadas de las pólizas; **(ii)** Inexistencia de la obligación indemnizatoria por inexistencia del riesgo asegurado; **(iii)** Inexistencia de cobertura; **(iv)** Causales de exclusión en las pólizas; **(v)** Límites máximos; **(vi)** Enriquecimiento sin causa; y, **(vii)** La genérica [Carpeta 01PrimeraInstancia, Cuaderno Co2, pdf No. 001, folios 83-153].

4. EL RESUMEN DE LA DECISIÓN APELADA

En la parte resolutive se: **(i)** Declaró infundada una tacha; **(ii)** Negó las pretensiones; y, **(ii)** Condenó en costas a los demandantes.

Circunscribió las pretensiones a la responsabilidad extracontractual, pues señaló que entre las partes ningún contrato hay. Encontró acreditado el daño consistente en las enfermedades del menor, registradas en la historia clínica; con este último documento examinó también el hecho dañoso, algunas atestaciones técnicas y los dos peritajes aportados por la actora, para concluir que hubo adecuada atención, acorde a los protocolos. Desestimó error en la aplicación de la oxitocina o como causante de efectos adversos en el paciente, al igual, que demora en la asistencia del neonatólogo, con apoyo en el peritaje de la parte demandada.

Encontró sí que, la historia clínica carecía de información suficiente sobre las

atenciones prestadas, dio crédito al dicho del médico Díaz B., quien afirmó que esa falencia no incidió en el resultado dañino; y, a la perita de la demandada, que señaló como posible causa las dificultades en la fase expulsiva del parto, donde hubo “*lento descenso fetal que ocasionó la hipoxia*”. En suma, dejó de acreditarse la responsabilidad [Carpeta 01PrimeraInstancia, Co1Principal, pdf No. 009, folios 250-256 y archivo 015, tiempo 00:03:31 a 00:54:15].

5. LA SÍNTESIS DE LA ALZADA

5.1. LOS REPAROS (DEMANDANTES). En el escrito los enlistó así: **(i)** Inaplicación de la regla jurisprudencial de la Sala Civil de la CSJ, cuando se demuestra indebido e incompleto diligenciamiento de la historia clínica; **(ii)** Errar en el deber de llenar ese documento, imponía a la demandada demostrar la causa del daño y que no ocurrió por su actuar culposo; **(iii)** Vulneración del principio de que nadie puede alegar su propia culpa a favor; **(iv)** Tener probado que al menor se le dio, en el minuto de oro, la reanimación requerida; **(v)** Ausencia de valoración integral de los dictámenes presentados con la demanda [Carpeta 01PrimeraInstancia, Co1Principal, pdf No. 009, folios 259-270].

5.2. LA SUSTENTACIÓN. En atención al DP. No.806 de 2020, el recurrente allegó por escrito, la argumentación de sus reparos en tiempo (Carpeta 02SegundaInstancia, pdf No.14).

Arguyó que **(i)** La jurisprudencia valora como indicio suficiente y grave de la responsabilidad médica, las anomalías e incumplimiento en el llenado de la historia clínica. Cita decisiones de 2011, 2016, 2017, 2020 de la CSJ. Esta regla debió aplicarse, se desconoció el precedente vertical. **(ii)** La contestación de la demandada anunció que probaría la causa de la lesión del menor, pero no lo hizo. Al contrario, se demostró el incompleto registro en el historial clínico, por tanto, no debió exonerársele de responsabilidad.

Adujo también que: **(iii)** Nadie puede alegar su propia culpa a favor. La sentencia patrocina y premia el error de la parte demandada en la historia clínica, que impidió establecer la causalidad, pero en últimas se le exonera de responsabilidad. **(iv)** La afirmación de que la atención al menor fue conforme al protocolo carece de respaldo probatorio, cuáles fueron los parámetros seguidos y cumplidos. La atestación del neonatólogo y el registro en la historia clínica, dan cuenta que llegó dos minutos después del llamado y fue quien inició reanimación, por eso fue una atención tardía, debió empezar en el minuto de oro.

Finalmente, **(iv)** La valoración de los dictámenes de la parte demandada fue incorrecta porque la lectura fue incompleta y fragmentada, se omitieron valiosas respuestas, se desconocieron sus conclusiones, se desatendió la sana crítica (Art.167, CPG) y el deber de motivación (Art.176, CPG). Las pericias coinciden en que hubo omisiones y fallas en el servicio médico prestado.

6. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

6.1. LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA. La ciencia procesal mayoritaria² en Colombia los entiende como los *presupuestos procesales*. Otro sector³⁻⁴ opta por la denominación aquí formulada, pues resulta más sistemático con la regulación procesal nacional. La demanda es idónea, ninguna causal de nulidad insaneable se aprecia, capaz de afectar la actuación surtida.

6.2. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. Es presupuesto subjetivo de la

² DEVIS E., Hernando. El proceso civil, parte general, tomo III, volumen I, 7ª edición, Bogotá DC, Diké, 1990, p.266.

³ LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2019, p.987-996.

⁴ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo 2, ESAJU, 2020, 7ª edición, Bogotá, p.468.

pretensión⁵, acreditado posibilita constatar su vocación de triunfo. Este examen es oficioso y es por eso irrelevante el alegato de las partes; es un factor de estudio imperativo, así entiende la CSJ⁶, criterio acogido sin reparos por este Tribunal de tiempo atrás⁷. Cuestión muy diferente es analizar la prosperidad de la súplica.

En orden metodológico se define primero el tipo de pretensión postulada en ejercicio del derecho de acción⁸, llamado ahora tutela judicial efectiva, para luego constatar quiénes están habilitados por el derecho positivo para elevar tal pedimento y quiénes 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 tanto contractual como extracontractual; por su parte, la juzgadora de primer nivel, en razonamiento que no se comparte parcialmente, la encuadró solo en la segunda, pues dijo que ningún contrato ataba a los extremos en litigio, empero, la responsabilidad aquí es acumulada en la forma que admite la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad (CSJ)⁹, en discernimiento acogido por esta Sala¹⁰.

Por activa tiene habilitación legal el menor LDGR, pues como paciente afiliado recibió los servicios médicos, es una relación jurídica aceptada por la demandada al contestar y dar cuenta de la atención brindada [Carpeta 01PrimeraInstancia, Cuaderno C01Principal, pdf No. 001, folios 184-185, hechos 24 y 26];

⁵ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo I, teoría del proceso, 5ª edición, editorial ESAJU, Bogotá DC, 2019, p.110.

⁶ CSJ. SC-1182-2016, reiterada en la SC-16669-2016.

⁷ TSP, Civil-Familia. Sentencias del: **(1)** 01-09-2017; MP: Grisales H., No.2012-00283-02; **(2)** 06-11-2014; MP: Arcila R., No.2012-00011-01; y, **(3)** 19-12-2014; MP: Saraza N., No.2010-00059-02.

⁸ En el mismo sentido SC-0070-2021 de este Tribunal. La dogmática procesalista tiene esclarecido que la acción no se clasifica, sí la pretensión: **(1)** ROJAS G., Miguel E. Ob. cit., p.107. También: **(2)** LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.323; **(3)** RICO P., Luis A. Teoría general del proceso, 3ª edición, Leyer SA, Bogotá DC, 2013, p.263.

⁹ 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.

¹⁰ TSP, Civil-Familia. Entre otras sentencias: (i) SC-0001-2021; (ii) 24-10-2018, No.2015-00632-01; y, (iii) 07-12-2016, No.2012-00232-01 MP: Grisales H.

es un convenio excluido de solemnidades.

Por su parte, las señoras Lina Esperanza Restrepo Gómez (Madre), María Magnolia Garzón Gaviria (Abuela) y Carmen Adriana Mesa Garzón (Tía), así como, los señores José Rogelio y Romilio Restrepo Garzón (Tíos), son ajenos a la mencionada relación negocial, su pretensión reparatoria es extracontractual, por ser víctimas indirectas, secundarias o de rebote, y por esa calidad, es personal y no hereditaria¹¹⁻¹². Obran para acreditar tales condiciones los registros civiles [Carpeta 01PrimeraInstancia, Cuaderno Co1Principal, pdf No. 001, folios 57-58, 61, 63 y 65].

Sobre la legitimación por pasiva, la tiene la IPS Caja de Compensación Familiar de Risaralda – Comfamiliar Risaralda, por ser ejecutora material del contrato suscrito con la EPS en virtud del cual fue atendido el menor, según criterio de antaño, de la jurisprudencia de la CSJ¹³: “(...) De ahí que se esté, como lo dice la doctrina, frente a una responsabilidad de índole contractual “indistinta” para ambos sujetos, puesto que es tan contractual el origen de la obligación como su ejecución (...)”, reiterado en reciente decisión (2020)¹⁴. En el mismo sentido la doctrina patria, por ejemplo, Santos Ballesteros¹⁵ y la profesora Fernández Muñoz (2019¹⁶).

Ningún reparo hay sobre la vinculación de Allianz Seguros SA, como llamada en garantía, según la póliza suscrita con la IPS demandada y que estaba vigente para la época de atención del paciente (27-07-2015), según la copia aparejada en el expediente [Carpeta 01PrimeraInstancia, Cuaderno Co2Llama..., pdf No. 001, folios 23].

¹¹ CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, MP: Namén V.; No.1999-00533-01.

¹² TAMAYO J., Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo I, 2ª edición, Legis, Bogotá DC, 2007, p.126.

¹³ CSJ. Civil. Sentencia del 11-09-2002, MP: Ramírez G., No.6430.

¹⁴ CSJ. SC-2769-2020.

¹⁵ SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, 3ª edición, Bogotá DC, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.115

¹⁶ FERNÁNDEZ M., Mónica L. Responsabilidad médica en la especialidad civil, Módulo de aprendizaje autodirigido, EJRLB, Bogotá DC, 2019, pág.57

6.3. EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER. ¿Se debe revocar o reformar la sentencia desestimatoria proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad, según el razonamiento de la parte demandante?

6.4. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA

6.4.1. LOS LÍMITES DE LA APELACIÓN. En esta sede están definidos por los temas objeto del recurso, es una patente aplicación del modelo dispositivo en el proceso civil nacional (Arts. 320 y 328, CGP), es lo que hoy se conoce como la *pretensión impugnaticia*¹⁷, novedad de la nueva regulación procedimental del CGP, según la literatura especializada, entre ellos el doctor Forero S.¹⁸. Por su parte, el profesor Bejarano G.¹⁹, discrepa al entender que contraviene la tutela judicial efectiva, de igual parecer Quintero G.²⁰, mas esta Magistratura disiente de esas opiniones divergentes, que son minoritarias.

Entiende, de manera pacífica y consistente, esta Colegiatura en múltiples decisiones, por ejemplo, las más recientes: de esta misma Sala y de otra²¹, la aludida restricción. En la última sentencia mencionada, se prohijó lo argüido por la CSJ en 2017²², eso sí como criterio auxiliar; ya en decisión posterior y más reciente, la CSJ²³ (2019), reiteró la citada tesis. Arguye en su obra reciente (2021), el profesor Parra B²⁴.:” *Tiene como propósito esta barrera conjurar que la*

¹⁷ ÁLVAREZ G., Marco A. Variaciones sobre el recurso de apelación en el CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Código General del Proceso, Bogotá DC, editorial, Panamericana Formas e impresos, 2018, p.438-449.

¹⁸ FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en segunda instancia, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal en Cali, Bogotá DC, editorial Universidad Libre, 2018, p.307-324.

¹⁹ BEJARANO G., Ramiro. Falencias dialécticas del CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorial del Congreso XXXVIII en Cartagena, editorial Universidad Libre, Bogotá DC, 2017, p.639-663.

²⁰ QUINTERO G., Armando A. El recurso de apelación en el nuevo CGP: un desatino para la justicia colombiana [En línea]. Universidad Santo Tomás, revista virtual: *via inveniendi et iudicandi*, julio-diciembre 2015 [Visitado el 2020-08-10]. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6132861.pdf>

²¹ TS, Pereira. Civil-Familia. Sentencias del (i) 19-06-2020; MP: Grisales H., No.2019-00046-01 y (ii) 04-07-2018; MP: Saraza N., No.2011-00193-01, entre muchas.

²² CSJ. STC9587-2017.

²³ CSJ. SC2351-2019.

²⁴ PARRA B., Jorge. Derecho procesal civil, 2ª edición puesta al día, Bogotá DC, Temis, 2021, p.403.

segunda instancia sea una reedición de la primera y se repita esta innecesariamente. Además, respeta los derechos de la contraparte, pues esta se atiene a la queja concreta.”. De igual parecer Sanabria Santos²⁵ (2021).

Ahora, también son límites para la resolución del caso, el principio de congruencia como regla general (Art. 281, *ibidem*). Las excepciones, es decir, aquellos temas que son revisables de oficio son los asuntos de familia y agrarios (Art. 281, párrafos 1º y 2º, *ibidem*), las excepciones declarables de oficio (Art. 282, *ibidem*), los presupuestos procesales²⁶ y sustanciales²⁷, las nulidades absolutas (Art. 2º, Ley 50 de 1936), las prestaciones mutuas²⁸ y las costas procesales²⁹, entre otros. Por último, debe considerarse que es panorámica la competencia cuando ambas partes recurren en lo que les fue desfavorable (Art.328, inciso 2º, CGP).

6.4.2. LOS REPAROS. Comprende esta Sala que la censura se contrae a: **(i)** El efecto jurídico derivado de la indebida confección de la historia clínica, provoca inversión de la carga probatoria; **(ii)** La apreciación del elemento culpa de la demandada, al alegarla a su favor y hubo tardía atención del menor al nacer; y, **(iii)** La valoración de los dictámenes presentados con la demanda.

La sentencia inicio con examinar el hecho dañoso y la causa, expresó sobre el primero: “(...) *para que el servicio médico se considere causante del daño, es necesario que medie un error o falla médica proveniente de la negligencia, impericia o imprudencia que conlleve el desconocimiento de la praxis médica.*”, entendió la culpa como la causa sin cerciorarse, en realidad, de la existencia del nexo causal como presupuesto previo de indispensable constatación, según el orden metodológico fijado por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala³⁰. Se

²⁵ SANABRIA S., Henry. Derecho procesal civil, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2021, p.703 ss.

²⁶ CSJ, SC-6795-2017. También sentencias: (i) 24-11-1993, MP: Romero S.; (ii) 06-06-2013, No.2008-01381-00, MP: Díaz R.

²⁷ CSJ. SC1182-2016, reiterada en la SC16669-2016.

²⁸ CSJ, Civil. Sentencia del 15-06-1995; MP: Romero S., No.4398.

²⁹ LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.1079.

³⁰ TS. Pereira. (1) SC-0076-2021, (2) SC-0060-2021 y (3) SC-0046-2021, entre otras.

iniciará con una ilustración sobre el régimen probatorio en esta especie de responsabilidad profesional, según los dos primeros reparos, para continuar con la causalidad y enseguida la culpa, siempre que aparezca demostrado el nexo.

6.4.3. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. Es aquella que puede generarse con ocasión de la aplicación de esa ciencia, dadas sus repercusiones vitales, particularmente en la integridad física y emocional, en general su incidencia sobre la salud de las personas. El profesor Santos B.³¹ 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.

La responsabilidad médica o galénica se configura, por lo general, en la esfera de la denominada subjetiva en el régimen de probada³², aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como *actividad peligrosa*³³; sin embargo, a esta fecha es sólido que su título de imputación es la culpa probada³⁴, según el precedente constante de la CSJ (2021)³⁵ y la doctrina mayoritaria³⁶, sin

³¹ SANTOS B., Jorge. Ob. cit., p.95.

³² CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001. MP: Ramírez G.; No.5507.

³³ CSJ, Civil. Sentencias de: (i) 14-03-1942, GJ, tomo XIII, p.937; y, (ii) 14-10-1959, MP: Morales M.

³⁴ CSJ. SC2506-2016; SC003-2018 y SC4786-2020.

³⁵ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, Ob. cit. Reiterada en SC-3919-2021.

³⁶ JARAMILLO J., Carlos I. Responsabilidad civil médica, relación médico paciente, 2ª edición, editorial Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, Bogotá DC, 2011, p.142. También

miramientos en que sea la modalidad contractual o extracontractual.

De allí, que corresponde al demandante demostrar todos sus elementos axiales: **(i)** La conducta antijurídica o hecho dañoso, **(ii)** El daño, **(iii)** La causalidad³⁷; **(iv)** El factor de atribución, que corresponde a la culpa, cuando el régimen sea subjetivo; y, si es del caso, **(v)** el contrato, en aquellos eventos de infracción a los deberes adquiridos en el marco de un negocio jurídico.

En la responsabilidad sanitaria la regla general es que las obligaciones debidas por los médicos en su ejercicio, son de medio³⁸⁻³⁹ y de manera excepcional de resultado (En las que impera la presunción de culpa⁴⁰), entre otras las cirugías estéticas reconstructivas⁴¹⁻⁴², el diligenciamiento de la historia clínica y la obtención del consentimiento⁴³, la elaboración de prótesis, aparatos ortopédicos, exámenes de laboratorio⁴⁴; y, también el secreto profesional⁴⁵, entre otros; distinción reiterada en diferentes decisiones⁴⁶. Sobre ese régimen, cuando del llenado del historial clínico se refiere, señaló la jurisprudencia⁴⁷:

... la obligación de resultado consistente en diligenciar la historia clínica, sin enmendaduras, sin siglas, legible y en forma completa - débito que se predica del médico, (...) viene a complementar esa facilidad probatoria, en la medida en que esa pieza, en últimas, debe recoger todo el recorrido de la enfermedad del paciente, su estado preliminar, sus antecedentes personales y familiares, el diagnóstico, los medicamentos, las reacciones al tratamiento, los exámenes que le fueron practicados y sus interpretaciones, etc. Lo que se traduce

SERRANO E. Luis G. Tratado de responsabilidad médica, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y Ley, 2020, p.93.

³⁷ CSJ. SC-003-2018.

³⁸ PARRA G., Mario F. Responsabilidad civil, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, Bogotá DC, p.285.

³⁹ CSJ. SC-8219-2016 y SC-4786-2020.

⁴⁰ CSJ. SC-4786-2020.

⁴¹ CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, MP: Solarte R., No.2005-00025-01.

⁴² YEPES R., Sergio. La responsabilidad civil médica, Biblioteca jurídica Diké, edición 9ª, 2016, Medellín, p.97.

⁴³ CSJ. SC-2506-2016.

⁴⁴ CSJ. SC-4786-2020.

⁴⁵ YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.99.

⁴⁶ CSJ. SC-4786-2020; SC-003-2018 y SC-7110-2017.

⁴⁷ CSJ. SC-2506-2016.

en que su análisis resultará de una importancia inusitada a la hora de determinar la responsabilidad investigada, en vista de que si ese registro complejo, que proviene de una de las partes -la eventual responsable-, no se cumple en absoluto, la gravedad de tal omisión conduciría a predicar no sólo similares resultados, en cuanto a la inversión de la carga probatoria, sino fundamentalmente a deducir una mala praxis médica...

En tratándose de obligaciones de medio opera la tesis de la culpa probada, mientras que para las llamadas de resultado impera la presunción de culpa⁴⁸. De antaño la jurisprudencia de la CSJ⁴⁹, ha sostenido que las obligaciones de medio tienen implícito un mayor esfuerzo demostrativo para el reclamante⁵⁰.

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, desde antaño⁵¹, en parecer hoy conservado (2020)⁵²:

... 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 2001⁵³, empezó a acoger

⁴⁸ CSJ. SC-4786-2020.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ CSJ. SC-15746-2014 y SC-4786-2020.

⁵¹ CSJ, Civil. Sentencia del 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778-01.

⁵² CSJ. SC-003-2018 y SC-3847-2020.

⁵³ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit.

la tesis del CE de los años 1990⁵⁴ y 1992⁵⁵, incluso la misma CC⁵⁶, reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la “*carga dinámica de la prueba*”⁵⁷ (Hoy con reconocimiento normativo expreso en el artículo 167 del CGP) y “*dependiendo de las circunstancias del asunto*”, el juzgador atribuirá el deber de acreditación sobre determinado hecho, teniendo⁵⁸: “(...) *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, consagró por primera vez, la doctrina anotada.

En esta modalidad de la responsabilidad, la posición se conserva⁵⁹, pero precisando que “(...) *lo que se presenta dentro del proceso es que la prueba se hace necesaria para la decisión (principio de la necesidad de la prueba) lo que conlleva al deber de aportación de las pruebas que cada parte está en la posibilidad de aportar, lo cual calificará el juez en su momento (...)*”⁶⁰, tesis acogida por esta Sala Especializada⁶¹.

Ahora, en torno al examen de los elementos axiales de la responsabilidad médica, se advierte que la culpa⁶² consiste en la valoración subjetiva de una conducta⁶³⁻⁶⁴, mientras que la causalidad no solo es la constatación objetiva de una relación natural o fenoménica de causa-efecto, en palabras del

⁵⁴ CE, Sección Tercera. Sentencia del 24-10-1990, CP: De Greiff R., No.5902.

⁵⁵ CE, Sección Tercera. Sentencia del 30-07-1992, CP: Suárez H., No.6897.

⁵⁶ CC. T006 de 1992.

⁵⁷ CSJ. SC-15746-2014.

⁵⁸ CSJ. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit.

⁵⁹ CSJ. SC-8219-2016.

⁶⁰ CSJ. SC-21828-2017.

⁶¹ TSP, Civil-Familia. Entre otras sentencias: MP: Grisales H. (i) SC-0071-2021; (ii) SC-0060-2021; MP: Saraza N. (iii) SC-0005-2021; y, (iv) SC-0085-2021

⁶² PRÉVOT, Juan M. La obligación de seguridad, 2ª edición, Bogotá DC, Temis, 2012, p.84.

⁶³ SANTOS B., Jorge. Ob. cit. p.423.

⁶⁴ 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

maestro Adriano De Cupis⁶⁵: “(...) es el nexa etiológico material (es decir, objetivo o externo) que liga un fenómeno a otro, que en cuanto concierne al daño, constituye el factor de su imputación material al sujeto humano (...)”, sino también un juicio jurídico o normativo.

La causalidad ha sido de los temas más complejos de estudiar en la responsabilidad patrimonial, como enseña la literatura especializada (2020)⁶⁶, tanto en los sistemas del *common law* y como de *civil law* (2021)⁶⁷.

El elemento causal no admite presunciones y siempre debe probarse⁶⁸, sea en el régimen contractual o extracontractual, de culpa probada o presunta; por su parte la culpabilidad sí las tiene y desde luego relevan de su acreditación (Art.2353 y 2356, CC, 982 y 1003, CCo, entre otras).

Mal pueden refundirse en un solo concepto estos factores esenciales para estructurar la responsabilidad, o derivar el uno del otro. Afirma el citado tratadista italiano⁶⁹: “(...) la relación de causalidad no puede confundirse con la culpa. (...)”. Y, en el escenario patrio, acota Velásquez G.: “Hemos de partir de que el vínculo de causalidad constituye un elemento de la responsabilidad civil, completamente distinto de la culpa.”. Colofón: siendo distintos, se revisan en estadios o momentos diferentes.

Y este proceder fue precisado por la misma CSJ en 2009⁷⁰ en los siguientes términos: “Establecida ex ante la realidad o certeza del daño, debe determinarse su causa e imputarse al sujeto, de donde, la relación, nexa o vínculo de causalidad, es el segundo elemento constante de la responsabilidad y consiste en precisar al autor del

⁶⁵ DE CUPIS, Adriano. El daño, teoría general de la responsabilidad civil, casa editorial Bosh, Barcelona, España, 2ª traducción del italiano, 1970, p.247.

⁶⁶ KEMELMAJER de C. Aida y JARAMILLO J. Carlos E. El criterio de la razonabilidad en el derecho privado, editorial Ibáñez y otras, 2020, p.470.

⁶⁷ BAENA A., Felisa. La causalidad en la responsabilidad civil, Tirant lo blanch, Bogotá DC, 2021, p.11.

⁶⁸ CSJ, Civil. Sentencia del 23-06-2005, No.058-95.

⁶⁹ DE CUPIS, Adriano. Ob. cit., p.247.

⁷⁰ CSJ. Sentencia del 24-08-2009; MP: Namén V., No.2001-01054-01.

detrimento, mediante la imputación fáctica, física, material o causal del menoscabo a su conducta, sea por acción, sea por omisión. (...). Y ha sido reiterado (2021)⁷¹.

El nexo se determina entre conducta y daño, así pregona el órgano de cierre de la especialidad en la mayoría⁷², desde hace algún tiempo (2002), adoctrina: *“(...) El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, (...)”*. Este aspecto es precedente de esta Sala⁷³.

Sostiene la Alta Colegiatura, de antaño⁷⁴, en discernimiento patrocinado por la CC⁷⁵ (Criterio auxiliar) que, para establecer la causalidad, se usan a las reglas de la experiencia, los juicios de probabilidad y el sentido de razonabilidad.

Ya en desarrollos doctrinarios posteriores y recientes (2020⁷⁶-2021⁷⁷), precisó que en tal fenómeno concurren elementos fácticos y jurídicos, posición ya expuesta antes (2016⁷⁸ y 2018⁷⁹); de la mano de la doctrina foránea, distinguió la causa material o física de la jurídica o de derecho⁸⁰.

Señaló la CSJ que para determinar la primera se emplea el: *“juicio sine qua non y su objetivo es determinar los hechos o actuaciones que probablemente tuvieron injerencia en la producción del daño, por cuanto de faltar no sería posible su materialización.”*, enseguida, respecto a la segunda categorización (causalidad jurídica) asentó: *“Con posterioridad se hace la evaluación jurídica, con el fin de atribuir sentido legal a cada gestión, a partir de un actuar propio o ajeno, donde se hará la ponderación del tipo de conexión y su cercanía.”*. Este planteamiento sigue el

⁷¹ CSJ. SC-3604-2021.

⁷² CSJ, Civil. Sentencia del 26-09-2002, MP: Santos B., No.6878.

⁷³ TS. Pereira. (1) SC-0046-2021, (2) SC-0039-2021.

⁷⁴ CSJ, Civil. Sentencia del 26-09-2002; ob. cit.

⁷⁵ CC. T-609 de 2014.

⁷⁶ CSJ. SC-3348-2020.

⁷⁷ CSJ. SC-2348-2021 y SC-3604-2021.

⁷⁸ CSJ. SC-13925-2016.

⁷⁹ CSJ. SC-002-2018.

⁸⁰ LÓPEZ M., Marcelo. La responsabilidad civil médica, en el nuevo Código Civil y Comercial, derecho comparado, Buenos Aires, A. 2ª edición, 2016, p.433.

pensamiento especializado mayoritario, Rojas Quiñones⁸¹, y otros de recientes obras (2020)⁸² (2021)⁸³; en el orden foráneo Le Tourneau⁸⁴; en la misma línea los PETL (*Principios europeos en derecho de daños - Principles of european tort law*).

Empero, 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. (...)*”⁸⁵; 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 176, CGP, 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.

Se destaca que, para la resolución de este litigio, no se aplicó la teoría de la carga dinámica de la prueba. El auto respectivo se emitió en audiencia del 29-10-2020 [Carpeta 01PrimeraInstancia, Co1Principal, pdf No. 009, folios 218-220 y archivo No.010, tiempo 02:22:54] y ninguna previsión hizo en tal sentido y las partes tampoco se manifestaron. En suma, gravitaba en los demandantes la demostración de todos los requisitos de la pretensión invocada (Carga de la prueba). Ello porque así compete en este tipo de asuntos, según reitera la CSJ (2020)⁸⁶:

... corresponde a quien demanda la declaración de responsabilidad y la correspondiente condena: 1. Desvirtuar los principios de

⁸¹ ROJAS Q., Sergio, Responsabilidad civil, la nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales, editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2014, p.270.

⁸² GIRALDO G., Luis F. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil, su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica, Bogotá DC, 2ª edición, 2018, p.213.

⁸³ BAENA A., Felisa. Ob. cit., p.12.

⁸⁴ LE TOURNEAU. Philippe. La responsabilidad civil profesional, Bogotá DC, Legis, 2ª edición, traducción de Javier Tamayo J., 2014, p.108.

⁸⁵ 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.

⁸⁶ CSJ. SC-3847-2020.

benevolencia o no maledicencia. 2. Según la naturaleza de la responsabilidad en que se incurra (subjetiva u objetiva), o de la modalidad de las obligaciones adquiridas (de medio o de resultado), mediante la prueba de sus requisitos axiológicos. En particular, probar la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla, así como la culpabilidad. En todo caso, no basta la afirmación del actor carente de los medios de convicción demostrativos de los hechos que se imputan. Todo el resaltado es de esta Sala

Y en esas condiciones inane que la demandada dijera en su contestación que probaría la causa, pues esa afirmación, por sí sola, no puede modificar los parámetros ya reseñados.

6.4.4. LA RESOLUCIÓN DE LOS REPAROS. Son todos infundados. **(i)** Es inaplicable la inversión de la carga de la prueba como enseña la CSJ⁸⁷ (Opera frente a la obligación de diligenciar la historia clínica, no frente a la responsabilidad médica), pues la historia clínica está completa; y, **(ii)** Las conclusiones de los peritajes aportados con la demanda, no logran demostrar la causa de las secuelas del menor.

6.4.4.1. LA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA. De ninguna manera se está frente a un llenado errado o incompleto de la historia clínica, como adelante se concluirá; así entonces, el efecto probatorio del indicio más o menos grave⁸⁸, no resulta aplicable, pues evidente que la base fáctica de la afirmación es otra.

Al demandar se alegó un incompleto diligenciamiento de la historia clínica [Carpeta 01PrimeraInstancia, Cuaderno Co1Principal, pdf No. 001, hecho 21, folio 16], incluso se afirmó la inexistencia de partograma [Carpeta 01PrimeraInstancia, Cuaderno Co1Principal, pdf No. 001, hecho 28, folio 18], también, así indicaron los peritajes acercados por el extremo activo [Carpeta 01PrimeraInstancia, Cuaderno Co1Principal, pdf No. 001, inciso final respuesta 7, folio 127 y corrección clínica en folio 138].

⁸⁷ CSJ. SC-2506-2016 y SC-5641-2018.

⁸⁸ CSJ. SC-5641-2018.

En la contestación se aportó ese historial y se incluyó el documento echado de menos [Ibidem, pdf No. 002, relación a folio 2 y visible a folio 150, también, en pdf No.003, folio 920], sin que al replicarse las excepciones se tachara de falso, aunque se cuestionó que faltaran los anexos en la historia clínica suministrada previamente a la paciente - partograma y registro de los signos vitales -. Además, que fueran escritos manuales cuando lo entregado con antelación al proceso fue digital [Ibidem, pdf No. 005, folio 126]. Tuvo así la contraparte oportunidad de conocer esa documentación.

La sentencia por su parte, sin mayores explicaciones, estimó que sí faltaba información en ese registro y que eso impedía determinar las causas de las complicaciones del parto [Ibidem, archivo No. 015, tiempo 00:46:45]. Esta Sala difiere de esa conclusión, pues como explicara la doctora Lina Marcela Restrepo Santa al atestiguar, las historias clínicas digitales no contienen toda la información de la atención, hay anexos que se llenan en el proceso y que hacen parte integral de aquellas, explicó: “(...) como esta consignado en el partograma, que es uno de los folios anexos a la historia clínica, que nosotros realizamos de manera manual, porque no está parametrizado dentro del registro sistematizado (...)” [Ib., archivo No. 013, tiempo 01:24:26 a 01:27:58].

Esa aseveración se refuerza con la exposición hecha por la doctora Johana Andrea Jojoa Niño, especialista en ginecología y obstetricia, quien rindió el peritaje presentado por la parte demandada, mismo que tiene validez porque se allanó al cumplimiento de las prescripciones generales (Arts.164 y 168, CGP) y especiales de admisibilidad⁸⁹ (Art.226-6º, CGP); la experta al ser consultada si toda la información está contenida en la historia clínica, indicó que el contexto clínico de la paciente y su hijo, se registran, también, en el partograma [Ib., pdf No.005, folio 77].

En esas condiciones, no puede compartirse la afirmación de que la historia clínica es incompleta, pues lo que se evidencia es que la parte actora no contó antes del inicio del proceso con todos los elementos que la constituían y, en

⁸⁹ ROJAS G., Miguel E. Ob. cit., p.230.

curso del mismo, desaprovechó la oportunidad para tachar de falso la aportada por la parte demandada; además, la explicación dada por la médica que atendió el parto y que registró algunas atenciones en los anexos, luce razonable y ajustado a la realidad por el tipo de cuadros y figuras que estos manejan [Ib., pdf No.003, folios 907-912, 920].

Así las cosas, es inaplicable la regla jurisprudencial sobre que habría un indicio de responsabilidad en contra de la demandada, pues es inexistente el indebido diligenciamiento de la historia clínica. Y, para mejor ilustrar, la postura completa de la CSJ, un pasaje de la tesis expresa:

Por consiguiente, no puede sin más hallarse responsable a un profesional médico –incluidos aquí los establecimientos como el demandado- por el simple hecho de haber incurrido en una defectuosa elaboración de la historia clínica, porque a ello hay que agregar la acreditación de que el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de ese deber profesional fue el determinante del acaecimiento de la consecuencia dañosa padecida y por la cual se reclama.

*Otra cosa es que a partir de la omisión total de la historia clínica, o de la presencia de tachaduras, enmendaduras, borrones, intercalaciones, etc., o del aporte de una incompleta, pueda el juez, atendidas las circunstancias, deducir un indicio más o menos grave en contra de la entidad o el profesional demandado. **PERO SE TRATA SÓLO DE ESO, DE UN INDICIO, MAS NO DE LA ACREDITACIÓN DE LA CAUSACIÓN DEL DAÑO POR EL SOLO EFECTO DE LA OMISIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DE ESTE DEBER PROFESIONAL.** Todo el resaltado es de esta Sala.*

6.5.4.2. LA VALORACIÓN DE LOS PERITAJES DE LA DEMANDANTE. Las conclusiones que admiten estas experticias no logran probar cuáles fueron las causas de las secuelas que tiene el menor LDGR.

Para esta Sala, la experticia practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses [Ib., pdf No.001, folios 117-130], evidencia un reproche que compromete su eficacia, consistente en la falta de las exigencias del

artículo 226, ib., bien se admita la tesis de la CSJ (2021)⁹⁰ en sede de tutela o la que ha sostenido esta Sala en decisiones anteriores (2018, 2019 y 2021)⁹¹; esta última predica que, conforme al artículo 173, inciso 2º, ib., al pronunciarse sobre su admisibilidad debe el juzgador verificarlas, mientras la CSJ sostiene que es juicio restringido solo a la sentencia.

Ha dicho esta Magistratura que las irregularidades advertidas, por ser requisitos extrínsecos⁹², en concreto formalidades particulares del juicio de admisibilidad, afectan la legalidad del medio suasorio comentado; en el mismo sentido la profesora Castellanos A. (2021)⁹³.

Las anomalías son haber preterido: **(i)** La manifestación bajo juramento de ser opinión independiente y corresponder a un real convencimiento profesional (Art.226, inciso 4º, CGP); **(ii)** Los documentos idóneos que habilitan el ejercicio de quien lo elaboró, títulos académicos y certificaciones que acrediten su experiencia (Art.226-3º, CGP); **(iii)** La lista de publicaciones relacionadas con la materia de peritaje, hechas en los últimos diez (10) años por el experto (Art.226-4º, ibidem); **(iv)** La relación de casos en que haya actuado como perito, en los últimos cuatro (4) años, con discriminación del juzgado, partes, apoderados y materia (Art.226-5º, ibidem).

Así como: **(v)** La información de si ha actuado en procesos de la misma parte o su apoderado (Art.226-6º, ibidem); **(vi)** La indicación si se encuentra incurso en las causales del artículo 50, ib. (Art.226-7º, ib.); y, **(vii)** La declaración de si los exámenes, métodos, experimentos e investigación son diferentes a los utilizados o que correspondan a la profesión u oficio, de ser así justificarlo

⁹⁰ CSJ. STC-2066-2021 y STC-7722-2021.

⁹¹ TS, Civil-Familia. Sentencias **(1)** SC-0080-2021; y **(2)** 20-09-2019, No.2016-01465-01; MP: Grisales H. y, Autos **(1)** 03-02-2021, No.2015-00262-01; y **(2)** 17-04-2018, No. 2016-00279, ambos del MS: Grisales H.

⁹² SANABRIA V., Ronald de J. y YÁÑEZ M., Diego A. Juicio de admisibilidad probatoria en el CGP, En: Constitución y probática judicial, Carlos A. Colmenares U. (Coordinador), Bogotá DC, Universidad Libre y Grupo editorial Ibáñez, 2018, p.239.

⁹³ CASTELLANOS A., Anamaría. Admisión, rechazo y decreto de pruebas, En: Derecho probatorio: desafíos y perspectivas, Toscano L. Fredy y otros (Editores), Bogotá DC, Universidad Externado de Colombia, 2021, p.26 ss.

(Art.226-8° y 9°, ib.).

En consecuencia, en la tesis expuesta por esta Sala en providencias anteriores, debió inadmitirse la peritación así rendida, en atención a tres (3) razones centrales, como dice la doctrina nacional, en boca del doctor Sanabria Villamizar⁹⁴: “i) La importancia de la justificación que subyace a la carga procesal de verificación y demostración de la calidad del perito privado; ii) La falta de configuración de un presupuesto de admisión legal; y, iii) el mandato inequívoco del legislador (“El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones”, art.226, inciso 6°, CGP).”.

En la audiencia de instrucción el perito, al ser preguntado por la información anterior, dio algunos datos referentes a esas exigencias, mas no anexó ningún documento [Ib., archivo No. 11, tiempo 00:44:57]; igual era inoportuno hacerlo a esas alturas del proceso, pues han debido incorporarse al momento de allegar el escrito respectivo⁹⁵; esta preterición, quebranta el debido proceso probatorio en lo que atañe al derecho de defensa y contradicción.

Comenta el profesor Bermúdez M.⁹⁶: “En el punto de la contradicción del perito en la audiencia, debe tenerse en cuenta que el derecho a ejercerla lo realiza la contraparte a partir del dictamen escrito que el mismo ha presentado y esa debe ser la base sobre la que se desarrolla su intervención.”. Alcance intelectual razonable habida cuenta de que con esa información es que la contraparte habrá de preparar la confrontación, como aquí aconteció.

En esta postura, careció la contraparte, en el *sub lite*, de las herramientas suficientes para ejercer su crítica a la peritación acercada, en el plazo de los diez (10) días (Art.231, CGP), enfocada, en esencia, en cuestionar su (i)

⁹⁴ UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA. Oralidad y escritura: El proceso por audiencias en Colombia. Ronald Jesús Sanabria Villamizar, Relaciones entre pruebas y oralidad: Experiencias penales útiles para procesos civiles, Bogotá DC, Grupo editorial Ibáñez, 2016, p.157.

⁹⁵ CANOSA S., Ulises. La prueba en procesos orales civiles y de familia en el CGP, Módulo de aprendizaje auto-dirigido, EJRLB y CSJ, Bogotá DC, 2017, p.133.

⁹⁶ BERMUDEZ M., Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte, 2ª edición, Bogotá DC, Legis SA, 2016, p.211.

idoneidad e (ii) imparcialidad, mediante la interrogación en la respectiva audiencia, en pensamiento de la doctrina nacional, que luce plausible para esta instancia⁹⁷.

En suma, mal puede tasarse el dictamen. Del mismo criterio es el profesor Álvarez Gómez⁹⁸, mientras que el profesor Bejarano Guzmán⁹⁹, discrepa. Para refutar la postura de la CSJ podría indicarse que es criterio auxiliar (No vinculante), por provenir de una autoridad diferente a la de cierre de la especialidad (Corte Constitucional), pero como al inicio se señalara, sea cual fuera la etapa para la corroboración de las mencionadas exigencias, en este caso desembocan en la misma conclusión: la imposibilidad de apreciar la experticia comentada.

Por su parte, la pericia rendida por el doctor Jorge Andrés Jaramillo G., especialista en ginecología y obstetricia, de la Universidad CES [Ibidem, pdf No.001, folios 131-151], si bien es válida porque cumplió las prescripciones generales (Arts.164 y 168, CGP) y especiales de admisibilidad¹⁰⁰ (Art.226-6º, CGP); tasado por esta Sala, contrario a la afirmación del recurrente, no permite establecer el origen de las secuelas del menor demandante.

En efecto, aunque referencia algunas ausencias en los registros de la historia clínica, como se dijera líneas atrás, sin contar con los anexos escritos del personal médico, se conceptuó sobre datos diferentes; así reconoció el especialista al declarar [Ib., archivo No. 011, tiempo 02:29:08 a 02:30:07].

Como se dijera, de ningún modo esa conclusión permite determinar el nexo causal, sin embargo, la doctora Johana A. Jojoa N., especialista en ginecobstetricia, perita de la demandada, pese a que solo, lacónicamente, señaló que el origen de las secuelas del menor era una distocia de dinámica

⁹⁷ ÁLVAREZ G., Marco A. Ensayos sobre el Código General del Proceso, medios probatorios, volumen III, Bogotá DC, editorial Temis SA, 2017, p.312.

⁹⁸ ÁLVAREZ G., Marco A., Ob. cit. p.285.

⁹⁹ BEJARANO G., Ramiro. Una mirada a la prueba pericial en el CGP, memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal, 2018, ICDP, p.333.

¹⁰⁰ ROJAS G., Miguel E. Ob. cit., p.230.

uterina [Ib., pdf. 005, folios 73-86]; al declarar en la audiencia pública, con total claridad indicó como causas efectivas:

... yo analicé la historia clínica, señora Juez y **yo saqué la conclusión que el sufrimiento fetal o las consecuencias sobre el recién nacido, se produjo fue por un pujo insuficiente, donde hubo un lento deceso, ya en la parte final de trabajo de parto, en el desprendimiento, eso allí pudo haberle traído complicaciones al bebé, donde se hizo una hipoxia fetal**, lo que le trajo esa consecuencia al bebé (...) es una complicación inherente a trabajo de parto (...) porque ya en la parte final del desprendimiento es donde nosotros necesitamos o el bebé necesita más fuerza para salir, porque tiene que vencer los últimos diámetros de la pelvis y ahí es donde necesitamos que la mamá tenga mayor prensa abdominal y, por ende, un pujo más eficiente, un pujo mejor direccionado, por parte de la madre (...) yo analicé el caso, la historia clínica, y saque la conclusión que fue un descenso o un desprendimiento muy dificultoso por deficiencia del pujo materno... [Ib., archivo No. 012, tiempo 00:15:13 a 00:20:03]. La negrilla no es del original.

Conclusiones que, sin duda, están en consonancia con la nota del parto registrada en la historia clínica, por la doctora Lina M. Restrepo S., que dio cuenta del referido pujo ineficiente [Ibidem, pdf No. 003, folio 13].

El precitado dictamen fue elaborado por un especialista en la materia médica del caso, su experticia se aprecia conclusiva y sus premisas, debidamente soportadas, con referencias de literatura especializada, por ende, se aprecia con eficacia para acreditar los hechos tema de prueba: la relación causal; amén de pertinente, útil y allanada a los postulados generales y especiales (Art. 164, 168 y 226-6º, CGP); en suma, con suficiente fuerza suasoria.

En esas condiciones, las causas no son atribuibles a la parte demandada y eso es suficiente para la desestimación de las pretensiones, lo que al tiempo hace inane la revisión del tercer reparo, relativo al elemento culpa, pues sin probarse la causalidad imputable a ese extremo, innecesario revisar su culpabilidad.

7. LAS DECISIONES FINALES

En armonía con lo discernido se: **(i)** Confirmará en su integridad la sentencia atacada; **(ii)** Se condenará en costas, en esta instancia, a la parte demandante, por fracasar en su alzada (Artículo 365-3º, CGP).

La liquidación de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP, las agencias en esta instancia se fijarán en auto posterior CSJ¹⁰¹ (2017). Se hace 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,

FALLA,

1. CONFIRMAR el fallo emitido el 05-03-2021 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, R.
2. CONDENAR en costas en esta instancia, a la parte demandante, y a favor de la parte demandada. Se liquidarán en primera instancia y la fijación de agencias de esta sede, se hará en auto posterior.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

MAGISTRADO

¹⁰¹ CSJ. STC-8528 y STC-6952-2017.

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C.

JAIME ALBERTO SARAZA N.

MAGISTRADO

MAGISTRADO

(Con aclaración de voto)

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

24-03-2022

CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO
SECRETARIO

DGH/DGD/2022

Firmado Por:

Duberney Grisales Herrera
Magistrado
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Edder Jimmy Sanchez Calambas
Magistrado
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Firma Con Aclaración De Voto

Jaime Alberto Zaraza Naranjo
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

83ab4330f31ed5e8ae328f320e6aade6ed8e84177cf362edd9af5b90465493c7

Documento generado en 23/03/2022 11:49:19 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>