

Rad. No: 66001310300420130015401
Asunto: Responsabilidad médica.
Origen: Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira.
Demandante: Verónica Vanessa Hurtado Tamayo y Otros
Demandado: E.P.S. Saludcoop

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL PEREIRA - RISARALDA SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA

Magistrado Sustanciador: Carlos Mauricio García Barajas

Pereira, veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2.022)

Número de acta: 469 de 23/09/2022
Sentencia: SC-0050- 2022

Motivo de la Providencia

Resolver la apelación propuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2020 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, donde se negaron las pretensiones de la demanda.

La demanda¹ y su reforma²

Objeto. Verónica Vanessa Hurtado Tamayo, Héctor Fabio García González, Armando Hurtado Tamayo, Blanca Emelia González Patiño, Juan David González Patiño y Diana Milena Grisales Hurtado, pretenden se declare que la E.P.S. Organismo Cooperativo Saludcoop, es solidariamente responsable debiendo reparar integralmente a los accionantes por los perjuicios ocasionados por la muerte del hijo de los dos primeros mencionados, ocurrida el 26 de junio de 2006. En consecuencia, debe ser condenada al pago de las sumas que allí se detallan, que corresponden a devolución de los valores pagados con ocasión de los servicios médicos recibidos, los perjuicios extrapatrimoniales en sus modalidades de daño moral y daño a la vida de relación, el daño punitivo, debidamente indexados al momento del pago. Además, garantías de satisfacción y no repetición (publicidad y disculpas públicas).

Soporte fáctico: Según se narra en la demanda, la pareja conformada por los señores Héctor Fabio García González y Verónica Vanessa Hurtado Tamayo, en el año 2005 iniciaron el proceso de embarazo, por lo que ésta última se sometió a todos los controles,

¹ Páginas 9 a 22 cuaderno principal No.1, folios 3-9.

² Páginas 114 a 116 del cuaderno principal No. 1, folios 85-86.

exámenes paraclínicos y ecografías ordenadas en la EPS Saludcoop, entidad a la cual se encontraba afiliada. Allí se determinó que el embarazo era de bajo riesgo obstétrico.

En los hechos 7 a 12 de la demanda se narró la atención en el día del parto, destacándose que la señora Hurtado Tamayo presentó fuertes dolores, razón por la que consultó en el servicio de urgencias de la demandada a las **07:10** horas, donde fue atendida por el médico general Julián Andrés Valencia Ferro, quien le indicó como plan de tratamiento deambulacion, control en cuatro horas, o antes si había “amniotomía o pujo”. Siguiendo las recomendaciones médicas, a las **10:42** horas consultó nuevamente por urgencias, siendo atendida por el mismo médico, cuya orden fue continuar deambulacion y control en tres horas. Nuevamente consulta a las **13:27** horas, donde se define remision para atención de trabajo de parto.

Se agrega que siendo las **16:40** horas la paciente ingresó por urgencias a la Clínica "La Avellana" del Hospital Santa Mónica de Dosquebradas, remitida de Saludcoop para la atención del parto, donde fue atendida por la médica general Luz Helena Millán Gaviria, quien refiere que no se sienten movimientos fetales, dando como diagnóstico embarazo confirmado que continúa después de la muerte intrauterina del feto.

La paciente es trasladada a las **18:10** horas al Hospital Universitario San Jorge (HUSJ), donde se genera la atención del parto con feto muerto, siendo remitido para realización de informe técnico de necropsia de medicina legal. Esta se realizó el 27 de junio de 2006, y en él se registró como hallazgos “cadáver de recién nacido maduro, complexión mediana, a término, sin malformaciones macroscópicas, con hematoma subgaleal moderado como único signo de trauma, con congestión hepática pulmonar y de vasos encefálicos. En cordón y placenta aportados por CTI se encuentra nudo de tercio medio de cordón. DISCUSIÓN: Cadáver identificado por policía judicial, del cual se aporta únicamente historia clínica donde se evidencia falta de actividad fetal y atención para extracción de óbito, en quien se complementará estudio de muerte con estudios de patología”.

Los errores y omisiones en la prestación de salud -hechos 19 a 29 de la demanda- consistieron en (i) tratamiento inadecuado e incompleto durante la primera atención por urgencias por falta de vigilancia y monitoreo electrónico fetal; (ii) tardanza injustificada en la remisión a un centro de mayor complejidad para la atención del parto que permitiera la detección del sufrimiento fetal agudo (SFA) secundario al nudo de cordón umbilical, que se agravó y determinó la muerte fetal; (iii) no se dejaron registros en la historia clínica y notas de valoración sobre la disminución de los movimientos fetales, como sí se refiere en las notas médica de Clínica La Avellana y el HUSJ; (iv) no disponer de equipos para la realización de monitoreo electrónico fetal en la central de urgencias donde se valoran

gestantes con bajo y alto riesgo obstétrico, ni de transporte inmediato para las gestantes; y (v) no dejar registro sobre utilización de doppler para valoración de frecuencia cardíaca fetal.

Postura de la demandada³

Oportunamente se dio contestación a la demanda, oponiéndose a lo pretendido e invocando como defensas cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad promotora de salud, inexistencia de causalidad, no exigencia de la garantía de supervivencia fetal a la demandada, inexistencia de relación de causalidad por materialización de fuerza mayor o caso fortuito y excesiva tasación de perjuicios.

Sentencia de primera instancia⁴.

Luego de establecer la responsabilidad demandada, examinar la legitimación de ambas partes y esbozar los presupuestos necesarios para la prosperidad de las pretensiones cuya prueba señaló, estaba a cargo del demandante, negó tales aspiraciones.

Lo anterior por cuanto no se encontró una inadecuada prestación del servicio por parte de los especialistas que intervinieron a la gestante, cuya consecuencia fuera el óbito fetal, no se observó impericia o negligencia de los médicos tratantes o la falta de utilización de los medios científicos o de tecnologías en la salud, concluyendo que, no existe una prueba que acredite la causa de la muerte, ni la relación de causalidad entre la atención prestada a la paciente y el daño reclamado.

Explicó con base en pasaje jurisprudencial, que si bien en lo que tiene que ver con la atención en ginecobstetricia es un indicio a favor de la parte demandante el transcurso de un embarazo normal que debe llegar a buen término, ese mero indicio no puede establecerse una condena en contra de la entidad demandada.

El recurso y trámite posterior

La parte demandante, a través de su apoderado judicial, exteriorizó su voluntad de apelar⁵ y dentro de los tres días siguientes, por escrito presentó los reparos concretos⁶. Admitida la apelación en segunda instancia, en vigencia del Decreto 806 de 2020 (art. 14) se sustentó la alzada (archivo 22 cuaderno segunda instancia), argumentos que versaron sobre (1) la

³ Páginas 97 a 113 del cuaderno principal No. 1.

⁴ Acta en páginas 5-6 del archivo 4, Audio: minuto 1:46 a 51:06, archivo 10 AudArt373.

⁵ Archivo 10 minuto 51:06 a 51:12 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Archivo 17 del cuaderno de segunda instancia.

carga de la prueba de la demandada, que se sostiene, no cumplió; (2) la aplicación de la carga dinámica de la prueba para acreditar los hechos de la demanda, en especial aquellos que describieron las valoraciones médicas del día del parto en la mañana, y (3) la existencia de negligencia en las actuaciones desplegadas por la E.P.S. demandada al desconocer la *lex artis*. Sobre ellos se profundizará más adelante.

La parte demandada no se pronunció sobre la alzada.

Consideraciones

1.- Se encuentran reunidos los presupuestos procesales para proferir decisión de fondo, y no se observa alguna irregularidad que genere la nulidad de lo actuado. Además, la Sala es competente para decidir, al actuar como superior jerárquico de la a quo (art. 31-1 del C.G.P.).

Para resolver la alzada circunscribe esta instancia su actuación a los reparos concretos señalados por el recurrente, debidamente sustentados en esta instancia, conforme lo mandan los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso.

2.- Problema jurídico

Conforme a lo anteriormente expuesto es oportuno plantear como **problema jurídico** si los argumentos invocados por la parte demandante al sustentar el recurso son suficientes para demostrar la existencia de los elementos de la responsabilidad civil demandada que no encontró demostrados la a quo, en concreto el nexo de causalidad y la culpa, y, en consecuencia, deben resarcirse los perjuicios impetrados por causa de las deficiencias en la atención en salud prestada a la señora Verónica Vanessa Hurtado Tamayo, el día 26 de junio de 2006, que ocasionaron la muerte de su nasciturus, como aduce el recurrente, o si la decisión del Juzgado debe confirmarse, ante la ausencia de los elementos propios de este tipo de responsabilidad.

3.- Legitimación en la causa

La legitimación en la causa por activa se desprende de la calidad de víctimas en que se presentan los demandantes, a fin de obtener el resarcimiento de los perjuicios que reclaman.

Acude como demandante la señora Verónica Vanessa Hurtado Tamayo, reclamando el resarcimiento de los perjuicios sufridos por causa de las deficiencias en la atención en salud

prestada a aquella, el día 26 de junio de 2006, que ocasionaron la muerte de su nasciturus, ocurrido durante la atención del trabajo de parto, en cuyo caso ejerce una acción contractual, derivada de la relación de la E.P.S. como afiliada, condición que consta en la historia clínica aportada⁷, y el carnet de afiliación⁸. Además, no fue reprochada por la demandada.

Por otro lado, como víctimas indirectas se presentan los señores Héctor Fabio García González, como progenitor del nasciturus y compañero permanente de la paciente (declaración extrajuicio, página 30 cuaderno principal, en similar sentido, declaraciones de Gloria Offir Hurtado Tamayo - archivo 1, páginas 150 a 154; Mónica Leyton Herrera - archivo 1, páginas 155 a 157; y Carmen Rosa González Patiño - archivo 2, páginas 22 a 24); Amanda Hurtado Tamayo (madre de la paciente –abuela materna nasciturus-, f. 10 cuaderno principal 1); Blanca Emelia González Patiño (madre del progenitor -abuela paterna nasciturus-, página 25 del cuaderno principal); así como, Juan David González Patiño (hermano del progenitor –tío paterno nasciturus-, página 27 del cuaderno principal 1) para reclamar los perjuicios personales o propios causados por la muerte de un familiar cuyo parentesco se acredita a través de los respectivos registros civiles de nacimiento, relación de estirpe extracontractual porque ningún contrato suscribieron con la E.P.S. demandada.

Valga precisar que nada impide acumular ese tipo de pretensiones⁹.

Respecto de la señora Diana Milena Grisales Hurtado, la situación es distinta. Se tiene que se presentó en forma clara y expresa como familiar en su calidad de prima de la señora Verónica Vanessa Hurtado Tamayo, tal cual lo expuso en el acápite que en la demanda se denominó legitimación, en su calidad de familiar para reclamar los perjuicios personales ocasionados por desdén médico y asistencial de los funcionarios de la demandada. Sin embargo, con el libelo no se acreditó esa calidad, pues nótese que únicamente se aportó registro civil de nacimiento de aquella, en el cual, no se acredita la relación familiar con la paciente, ni de hermana, ni de prima. Súmese a lo anterior que, en la declaración rendida por la señora Gloria Offir Hurtado Tamayo¹⁰, refiere que la señora Diana Milena Grisales Hurtado, es hermana de la paciente, empero, al verificar su registro civil de nacimiento¹¹ se indica como su progenitora a “Luz Amanda Hurtado Tamayo” sin identificación, persona que difiere de la registrada como madre de la paciente Verónica Vanessa Hurtado Tamayo, señora “Amanda Hurtado Tamayo C.C. 29.501.156” y quien también funge como

⁷ Por el demandante: Archivo 1, folios 19-45 (pág. 39-66); por la Corporación IPS Eje Cafetero: Archivo 1, folios 127-140 (pág. 164-177); por el HUSJ: Archivo 1, folios 142-173 (pág. 180-217); y por el Hospital Santa Mónica: Archivo 1, folios 192-198 (pág. 238-251).

⁸ Página 116 cuaderno 1 de primera instancia

⁹ En similar sentido: TSP, sentencia 07/12/2016, radicado No.2012-00322-01. Magistrado Ponente: Dubemey Grisales Herrera

¹⁰ Página 150 del cuaderno 1 de primera instancia

¹¹ Página 29 del cuaderno 1 de primera instancia

demandante (página 23 cuaderno principal).

En ese orden de cosas, si las pretensiones de la demanda frente a esta actora se estructuraron sobre la fuente del parentesco, la ausencia de tal prueba en los términos establecidos en el Decreto 1260 de 1970¹² permite concluir que su legitimación en la causa quedó sin demostrarse, incluso debiendo advertirse que, en atención al grado de parentesco invocado y de ser procedente llegar al análisis de la prueba del perjuicio, el mismo tampoco se acreditaría con la prueba observada a menos, al no resultar aplicable a ese nivel el indicio de afección o la presunción de hombre de donde se deriva la existencia de perjuicio extrapatrimonial ante la muerte de un familiar.

Es claro para esta Sala que pueden reclamar el resarcimiento de perjuicios derivados de la muerte de un tercero no solo sus familiares o parientes, sino todo aquel a quien tal hecho se los haya irrogado, incluso los extrapatrimoniales, debiendo demostrarse en debida forma su configuración. Como se sostuvo en oportunidad anterior por esta Corporación¹³, no es de la condición de pariente de donde emerge la legitimación para demandar, sino de la posición de víctima o afectado por el hecho dañino. Lo que acá sucede es que se invocó una precisa calidad para reclamar ese perjuicio como familiar (prima o hermana), parentesco que omitió demostrarse, sin que pueda atenderse lo pretendido con base en una causa fáctica distinta. En consecuencia, frente a la demandante Diana Milena Grisales Hurtado existe una falta de legitimación en la causa por activa, y así deberá declararse.

En lo atinente a la legitimación en la causa por pasiva la misma se encuentra estructurada en cabeza de la EPS SaludCoop. En ese sentido, en las historias clínicas aportadas se lee que la paciente fue atendida por instituciones prestadoras de servicios de salud por convenio con esa entidad¹⁴, teniendo en cuenta la afiliación con esa E.P.S. (v.gr. carné de afiliación, página 116 cuaderno 1 de primera instancia; historia clínica y reportes de atención páginas 39 a 66 *ibidem*). Su llamado al proceso para resistir las pretensiones se soporta, entonces, en su condición de garante de que la prestación del servicio médico solicitado por sus afiliados o beneficiarios sea adecuado, suficiente y tempestivo (CSJ. Sentencia

¹² "Siendo por tanto el parentesco y más concretamente el primer círculo familiar (esposos o compañeros permanentes, padres e hijos), uno de los fuertes hechos indicadores que ha tomado en consideración la jurisprudencia para derivar de allí la inferencia o presunción de que, en razón de los afectos que en ese entorno se generan, la muerte, la invalidez o los padecimientos corporales de unos integrantes hieren los sentimientos de los otros por esa cohesión y urdimbre de que se habla -surgiendo así por deducción la demostración de la existencia y la intensidad del daño moral-, ha de presentarse cabalmente una prueba de esos lazos y es por ello que debe acudirse al decreto 1260 de 1970, estatuto que organiza lo concerniente al estado civil (...)" C.S.J., sentencia SC5686-2018.

¹³ TSP: SC-0047-2022 del 12-09-2022; Auto de 25 de abril de 2016, radicado 66001-31-03-2015-00221-01. Magistrado Ponente: D. Grisales Herrera

¹⁴ Contrato de prestación de servicios asistenciales entre Saludcoop y el HUSJ, y habilitación: Archivo 1, páginas 219 a 236). Contrato de prestación de servicios asistenciales entre Saludcoop y el Hospital Santa Mónica, y habilitación: Archivo 2, páginas 1 a 19.

SC2769-2020, artículos 177 al 179 y 185 de la Ley 100 de 1993¹⁵⁻¹⁶, y 14 de la Ley 1122 de 2007¹⁷), calidad en la que está llamada a responder de manera directa y solidaria (artículos 2341 y 2344 del C.C.)

Sobre lo anterior ha sostenido la jurisprudencia patria:

*“... la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas”.*¹⁸

4.- Se desenvuelve la responsabilidad civil médica entre los siguientes elementos axiológicos: (i) el daño, (ii) la culpa y (iii) el nexo de causalidad. Así lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al profesional, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado)”*¹⁹.

El régimen de responsabilidad aplicable en el campo de la actividad médica es subjetivo, sometido por regla general al sistema de culpa probada, con independencia de la naturaleza contractual o extracontractual del asunto²⁰. En tal virtud, corresponderá al paciente que sufrió un daño, o quien reclame a partir de él, probar que acaeció porque el profesional de la medicina actuó sin diligencia, cuidado, de forma imperita o alejado de la lex artis.

¹⁵ “Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley.”

¹⁶ CSJ: Sala Civil, Sentencia SC-139252016 (05001310300320050017401), sep. 30/16. M.P. Ariel Salazar. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, MP: William Namén Vargas; expediente No. 11001-3103-018-1999-00533-01. CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016 del 20-06-2016, MP: Fernando Giraldo G. CSJ, Civil, Sentencia SC2769-2020 [2008-00091-01], MP: Octavio Augusto Tejeiro Duque. TSP: Sentencia dic. 07/2016 Radicación 2012-00322-01 (Interna 8485 LLRR) M.P. D. Grisales Herrera

¹⁷ “Para efectos de esta ley enténdase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.”

¹⁸ CSJ. Sentencia de 17 de noviembre de 2011, rad. 1999-00533-01, reiterada en SC8219 de 2016 y SC3919 de 2021, entre otras.

¹⁹ CSJ, sentencia de 30 de enero de 2001, radicado No. 5507.
²⁰ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001. MP: Ramírez G.; No.5507.

Con todo, atendiendo la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, que el ordenamiento patrio en el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011 ubicó la relación obligacional médico-paciente como de medios, clasificación que de antes ya admitía la jurisprudencia patria²¹, resulta posible que se demuestre que, en un determinado caso, el galeno asumió una obligación de resultado, lo que implica que de no obtenerse el mismo su responsabilidad se estudiará bajo el régimen de culpa presunta. En dicho régimen no le bastará al demandado alegar que actuó con diligencia y cuidado, por el contrario, si desea el éxito de su postura debe dirigir su defensa, o bien a demostrar la inexistencia del daño, o la ruptura del nexo de causalidad a través de la prueba de una causa extraña.

El análisis de la causalidad, por su parte, permite atribuir jurídicamente la causa de un suceso a determinado sujeto. Su estudio, siguiendo de cerca la jurisprudencia de casación civil²², acogida hace tiempo por este Tribunal²³, se compone de dos fases o etapas: (a) causalidad fáctica, que se desarrolla de la mano del test de la *conditio sine que non*; y (b) causalidad jurídica o alcance de responsabilidad, donde se acude a la teoría de la causalidad adecuada, y tendrá la categorial real de causa aquel evento “*que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el “más” adecuado, el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño (...) debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son los idóneos per se para producirlos, y se detecte aquel o aquellos que tienen esa actitud*” (CSJ. Casación Civil. Sentencia de 26 de septiembre de 2002. Exp. 6878).

En suma, será causa aquella condición *sine qua non* que, en el curso normal de las cosas, sea adecuada para explicar el resultado.²⁴

5.- En el campo de la responsabilidad médica, las pruebas técnicas (v.gr., dictámenes periciales y testigos técnicos) ofrecen mayor poder de convicción para encontrar configurados los elementos necesarios para su estructuración, en especial el nexo causal y la culpa²⁵. Con todo, es bueno precisar que al respecto no existe una tarifa legal, luego cualquier medio de convicción puede ser usado para llevar certeza al juzgador sobre su existencia, valga decir, indicios, documentos - como la historia clínica -, testimonios no

²¹ CSJ. Civil. Sentencia 174 de 13 de septiembre de 2002, expediente 6199; CSJ. Civil. Sentencia 001 de 30 de enero de 2001, expediente 5507; CSJ Civil Sentencia de 5 de noviembre de 2013, exp. 00025; SC7110-2017 Radicación n.º 05001-31-03-012-2006-00234-01 Sentencia del 24 de mayo de 2017

²² CSJ. SC003-2018; SC3348-2020 Radicación n.º 05001-31-03-013-2008-00337-01; SC3604-2021, 25 de agosto de 2021, radicación n.º 47001-31-03-005-2016-00063-01. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

²³ En este Tribunal se acogió el análisis planteado así: TSP. SC-0039-2021, SC-0046-2021, SC-0060-2021, SC-011-2022.

²⁴ Baena Aramburo, Felisa. La causalidad en la responsabilidad civil. Tiran lo blanch. Bogotá. 2021. Pág. 64

²⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia del 26 de septiembre de 2002. Expediente 6878.

técnicos, dependiendo de lo claro y certero que estos se muestren frente al hecho por probar. Corresponderá en cada caso concreto su valoración, de manera individual y en conjunto, para hallar su eficacia demostrativa.

6.- Caso concreto

6.1- Como antes se anunció, la sentencia de primera instancia negó la totalidad de las pretensiones de la demanda al no encontrar demostrados los elementos de la responsabilidad demandada, en concreto el nexo de causalidad y la culpa.

En cuanto al material probatorio obrante en el expediente, la juzgadora negó la objeción al dictamen pericial, procediendo a valorar las dos pericias practicadas en vigencia del Código de Procedimiento Civil. El primer dictamen lo realizó el perito médico ginecoobstetra José William León Avellaneda (archivo 2, páginas 66 y 67), complementado (archivo 2, páginas 77 a 78). El segundo se decretó como prueba dentro del trámite de la objeción por error grave, lo elaboró el también médico ginecoobstetra Carlos Alberto Valencia Aguirre (archivo 3, páginas 48 a 50), y fue complementado (archivo 3, páginas 150 a 158). De ellas, concluyó, no demuestran la causa de la muerte del feto. Tampoco se tuvo en cuenta el informe técnico de necropsia médico legal, por haberse aportado en copia simple, sin cumplir las exigencias establecidas en los artículos 252 y siguientes del anterior estatuto procesal civil vigente para la fecha de su aportación. En todo caso, agregó, tampoco tiene conclusión alguna sobre la causa de la muerte.

Frente a la prueba documental señaló que, se echó de menos la historia clínica de atención por consulta de urgencias el día 26 de junio de 2006 (valoraciones de las 7:10 a.m., 10:42 a.m. y 1:27 p.m.), descrita en los hechos 7 a 11 de la demanda, desconociendo la IPS en la que fue atendida la paciente, tampoco fue posible establecer en qué circunstancias se surtieron esas atenciones médicas, dado que no existe en el expediente copia íntegra y completa de ese documento, la cual no fue aportada por la parte demandante, a quien le correspondía la carga probatoria. Si bien en el documento de mortalidad perinatal del Hospital Santa Mónica, donde se analizó el mismo caso, se hizo referencia a tales valoraciones (archivo 01, páginas 250 y 251), se desconoce el origen de dicha información luego tampoco puede tenerse como prueba. La testigo Carmen Rosa González Patiño dijo haber acompañado a la pareja el día del parto, pero lo cierto es que tampoco dio información concreta sobre el lugar y la hora donde fue atendida la paciente y, por último, aunque parece que la historia clínica la tiene la parte actora, por el detalle con el que se refiere en la demanda a las valoraciones médicas de esos momentos, no la aportó. Por lo tanto, no existe ni siquiera certeza de la institución en la que se brindaron los servicios médicos, ni la forma cómo se brindaron.

Tampoco encontró demostrado que la paciente requería de un traslado urgente, ni siquiera la obligación de conectarla a ella y a su bebé a un monitor electrónico fetal o menos realizarle el examen con Doppler, además que la atención o revisión por el médico de turno fue inmediata, descartando también el elemento culpa. Agregó que si bien en lo que tiene que ver con la atención en ginecología se ha explicado que es un indicio a favor de la parte demandante el transcurso de un embarazo normal que debe llegar a buen término, con ese mero indicio no puede establecerse una condena en contra de la entidad demandada.

En resumen, entonces, se concluyó la ausencia de prueba de los hechos 7 a 11 de la demanda al no existir historia clínica que soporte esas valoraciones médicas; tampoco la causa del deceso del feto o que ella hubiere obedecido a negligencia atribuible a la demandada, aspecto este que también estuvo carente de demostración.

6.2.- El escrito de reparos concretos y la sustentación, que guarda la misma estructura del inicial y solo añade argumentos adicionales, es extenso, pero, en realidad, solo enfrenta de tres formas las conclusiones de la sentencia apelada:

6.2.1.- La carga de la prueba de la diligencia y cuidado le correspondía a la parte demandada, la cual debió demostrar que pese a que el resultado fue adverso, sus actuaciones fueron diligentes y cuidadosas, que implementó todas y cada una de las ayudas al alcance del sistema de salud para lograr con éxito el nacimiento del menor, lo cual no ocurrió.

6.2.2.- En lo relacionado con la prueba de los hechos 7 a 11 de la demanda - valoraciones médicas del día del parto en la mañana -: el apelante no cuestiona la inexistencia de la prueba en el expediente, porque se admite que tal historia clínica no fue aportada. La crítica a la sentencia se centra en no tener en cuenta que: la historia clínica completa se solicitó mediante derecho de petición antes del proceso; se ordenó su aportación como prueba dentro del proceso; y de ninguna manera se logró su recaudo. La demandada se limita a resaltar que no existe la prueba en el expediente, pero no se tiene en cuenta que ella era la obligada a elaborar y custodiar la historia clínica de la paciente (Art. 14 Resolución 1995 de 1999), y no puede alegar su reserva, conducta que incluso raya con la temeridad. A su juicio, debió acudir a la distribución de la carga de la prueba determinando quién estaba en mejor posición de aportarla al proceso, que no era otra que la entidad que la elabora, y su renuencia a aportarla debió valorarse como indicio grave en su contra.

6.2.3.- Sobre la existencia de negligencia (culpa) en las actuaciones desplegadas por la

E.P.S. demandada, donde insiste de manera reiterada en el desconocimiento de los protocolos médicos para la atención del parto (citando literatura mexicana²⁶), debido a la falta de observación de la paciente y omisión en la realización de exámenes y ayudas diagnósticas para establecer las condiciones salud del nasciturus, entre ellos, el monitoreo electrónico fetal o Doppler desde la primera consulta por urgencias el día 26 de junio de 2006, a las 7:10 horas de la mañana, para verificar la frecuencia cardíaca del feto; lo cual, considera, hubiera reducido ostensiblemente los riesgos y complicaciones que eventualmente pudieran presentarse durante el trabajo de parto, sumado a la tardanza injustificada para la remisión a un centro médico de mayor complejidad para la atención del parto.

De manera insistente señala también que, el hecho de tratarse de un embarazo catalogado como de bajo riesgo no autorizaba a la demandada a obviar la práctica de ayudas diagnósticas que hubieren permitido detectar el sufrimiento fetal por el nudo en el cordón umbilical.

Agregó que existió una indebida valoración del dictamen del médico Carlos Alberto Valencia Aguirre (practicada dentro del trámite de la objeción por error grave), pues con él se demostró que los médicos no cumplieron el estándar esperable consistente en acudir a las ayudas diagnósticas que permitieran un parto exitoso, luego los procedimientos médicos no se ajustaron a la *lex artis*.

Además, la historia clínica, de donde destaca la ausencia de registro y notas de valoración sobre la disminución de los movimientos fetales reportados por la paciente, indica que el ingreso a la sección de urgencias a la clínica Avellana se produjo el 26 de junio siendo las 16:40, cuando la remisión se había ordenado desde 13:27. (Resolución 1043 de 2006, referencia y contrareferencia). El traslado tardó casi 3 horas sin causa alguna que amerite tan extenso lapso de espera, circunstancia que conllevó a la pérdida de oportunidad, restando ostensiblemente las probabilidades de vida al bebé que estaba por nacer.

De igual modo, reclama la aplicación de un aligeramiento probatorio en aplicación de los principios de *res ipsa loquitur* o culpa virtual, a partir de la acreditación de que el embarazo se desarrolló normalmente y al momento del parto se produjo el daño. El desenlace fatal de un embarazo catalogado como de bajo riesgo obstétrico, debe ser tenido en cuenta como un indicio grave en contra de la demandada, señaló.

En lo demás, finalizó su intervención el apelante refiriéndose a la prueba de los perjuicios

²⁶ De allí señala que existía la obligación de hacer monitoreo fetal intermitente, cada 15 o 30 minutos luego de la contracción.

extrapatrimoniales reclamados (aspecto que naturalmente no se abordó en la sentencia apelada).

Como se ve, nunca se ocupó de examinar el elemento nexo causal, o controvertir las conclusiones que sobre ese punto obtuvo la falladora de primer grado (inexistencia de prueba sobre la causa del deceso, o que este sea atribuible al actuar de los médicos tratantes).

Se procede a su análisis en el mismo orden que han sido sintetizados, debiendo precisarse que en orden metodológico primero se debió analizar la causa, luego la culpa, pero como se apeló la culpa, se acometerá su análisis.

6.3.- Sostiene el recurrente que la carga de la prueba de la diligencia y cuidado le correspondía a la parte demandada, pero esta no demostró que pese a que el resultado fue adverso, sus actuaciones fueron diligentes y cuidadosas, que implementó todas y cada una de las ayudas al alcance del sistema de salud para lograr con éxito el nacimiento del menor, lo cual no ocurrió.

Por el régimen de culpa probada que es aplicable al caso, como se explicó líneas arriba (numeral 4), debió la parte actora demostrar el comportamiento activo u omisivo del demandado, el daño, su causa y la culpa del demandado. A la defensa bastaba, por su parte, demostrar diligencia y cuidado, sin tener que demostrar la causa del deceso, o que este obedeció a causa extraña.

Lo que plantea el recurrente en este reparo es la inversión de esa carga y exigir que la demandada, por no haberse logrado el resultado (que vendría a ser un parto exitoso), demuestre que actuó de manera diligente y cuidadosa, o mejor, que el suceso luctuoso no le es imputable.

Es clara entonces la improsperidad del reparo, al alejarse del régimen de culpa probada que corresponde al examen de casos de esta índole (responsabilidad médica obstétrica), en atención a las obligaciones de medio, no de resultado, que asume el personal médico en la atención del embarazo y el trabajo de parto, aun tratándose de aquellos calificados como de bajo riesgo²⁷.

6.4.- Ahora bien, siendo claro que la responsabilidad demandada se estructuró

²⁷ CSJ, sentencia SC292-2021, consideración 7.1. En similar sentido se ha pronunciado este Tribunal, con referencia a pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado: Fallo del 6-10-2019, No.2008-0084-01. Sustanciador: Duberney Grisales Herrera.

principalmente sobre la base de existir un tratamiento inadecuado e incompleto durante la primera atención del parto por urgencias, por falta de vigilancia y monitoreo electrónico fetal y de remisión oportuna a otro centro de mayor nivel, y que según se indicó, tal atención tuvo lugar el 26 de junio en tres ocasiones (7:10 a.m., 10:42 a.m. y 1:27 p.m.), en este momento el análisis de la Sala se centrará en determinar si existe prueba de esas atenciones pues, al ser la base de la responsabilidad reclamada, debe verificarse en primer lugar si se demostraron o no tales hechos.

El apelante no critica ninguna de las premisas que invocó la jueza para concluir que tales hechos carecen de demostración. Alega otras que, adelanta la Sala, tampoco tienen acogida en esta instancia.

6.4.1.- Sobre la distribución de la carga de la prueba, le asiste razón al recurrente cuando indica que para la resolución del litigio no se aplicó la teoría de la carga dinámica de la prueba entre las partes, lo cual es natural porque, de un lado, para la época de presentación de la demanda (17 de octubre de 2008²⁸) y el decreto de las pruebas (24 de abril de 2009)²⁹ no se encontraba vigente la normativa que en la actualidad consagra dicha figura, y por otro, no fue solicitado por la parte demandante en ninguna de las fases previo al pronunciamiento de la sentencia, acudiendo a dicha flexibilización únicamente al momento de presentación de la alzada.

Por lo tanto, como lo ha reiterado esta Corporación³⁰, la flexibilización de la carga dinámica de la prueba, o de la distribución de la prueba, se tornan irrelevantes para el caso, porque no se dio en el momento de decretar las pruebas, ni en otro estadio del proceso, como lo dispone el artículo 167 del Código General del Proceso, por el contrario cada uno de los extremos arrojó el material probatorio sobre el que edificó su pretensión, bien para el reconocimiento de las mismas por activa, o para su denegación por pasiva, y es sobre dichas pruebas que la Sala debe definir la alzada, pues, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia *“Para la aplicación de la regla de cierre de la carga de la prueba no importa que el interesado haya sido diligente en el suministro de las pruebas o que haya estado inactivo; o que el juez haya impuesto a una u otra parte el deber de aportar pruebas, dado que la única posibilidad que la ley ofrece al sentenciador al momento de proferir su decisión, se enmarca en una lógica bivalente según la cual una vez probados los supuestos de hecho tiene que declarar la consecuencia jurídica, y ante la ausencia de tal prueba tiene que negar dichos efectos de manera necesaria, sin que pueda darse una tercera opción o término medio entre los argumentos de esa alternativa: tertium non datur.”*³¹ .

²⁸ Archivo 1 primera instancia, página 22.

²⁹ Audiencia inicial cuando el proceso aun cursaba ante el juzgado laboral: Archivo 1, páginas 123 a 130, de fecha 24 de abril de 2009.

³⁰ Sentencia del 18 de septiembre de 2018, radicado 2015-00689-01; TSP-SC-0029-2021 y TSP-SC-0013-2022

³¹ Sentencia SC9193-2017 de junio 28 de 2017 M.P. Ariel Salazar Ramírez; SC3367-220

Además, la prueba que se observa a menos es una prueba documental (historia clínica), y su objeto era demostrar la forma cómo ocurrieron los hechos relacionados con la atención dispensada a la paciente el día del parto: hora de atención, lugar, motivo de consulta, síntomas relacionados, exámenes realizados, decisiones adoptadas por los galenos de turno, nada más. No se trataba de una prueba de carácter científico que el demandante estuviera en imposibilidad de aportar. La concurrencia a la IPS en la fecha y horas indicadas incluso pudo ser acreditada por la demandante de otro modo, verbi gratia prueba testimonial, pero se asumió una actitud totalmente pasiva al respecto.

Nótese que, en la prueba testimonial recaudada, la señora Gloria Offir Hurtado Tamayo³², a la pregunta ¿diga si usted sabe en qué instituciones o centros médicos fue atendida la señora Verónica Vanessa, en relación con su embarazo y parto?, contestó que: *“todos los pormenores del embarazo los atendió SALUDCOOP hasta culminar con su parto.”* Sin brindar mayores detalles sobre el lugar, la fecha y la hora en la que se llevó a cabo la atención.

La misma pregunta fue efectuada a la señora Mónica Leyton Rivera³³, a la que respondió: *“pues yo sé que ella era de SALUDCOOP y en el parto inicialmente fueron a SALUDCOOP, luego de ahí la mandaron a una Clínica la Avellana eso es de Santa Mónica y luego al hospital San Jorge, yo estuve en el Hospital San Jorge el día del parto, yo estuve con la mamá de Héctor Fabio o sea con la suegra de Verónica”.*

Por su parte, la señora Carmen Rosa González Patiño³⁴, al hacer un relato espontáneo de lo que le constaba, expuso: *“En lo que respecta a mi del caso, yo los estuve acompañando todo el tiempo en el proceso de embarazo de Verónica porque Héctor Fabio es mi sobrino, pero yo lo quiero como un hijo, y era el primer bebecito que iban a tener. El día del parto ella se llevó a Saludcoop por la Circunvalar en la mañana, ella ya tenía las contracciones supuestamente para tener el bebé, allá llegamos, ella entró y la mandaron a caminar, el médico la mandó a caminar que porque todavía no era hora porque no había dilatado y lo que hicimos fue irnos a caminar, hasta que le agarraron ya los dolores más fuertes y volvimos otra vez allá, pero cuando llegamos otra vez a Saludcoop ella salió y nos dijo que médico de turno ya no estaba, y nos fuimos para el Hospital Santa Mónica me parece y ya allá la revisaron, le hicieron un monitoreo, pero eso ya fue por la tarde, como a las seis de la tarde, y de ahí ya tocó echarla para el Hospital San Jorge porque ya el bebé no lo sentía, allá en el hospital la vio el ginecólogo le dijo de una manera muy fría, que “su bebé está*

³² Página 150 del cuaderno 1 de primera instancia

³³ Página 155 *ibidem*

³⁴ Página 22 y siguientes del cuaderno 2 de primera instancia

muerto en el vientre", o sea que ya no tenía signos vitales, (...)".

Las manifestaciones de la señora González Patiño, incluso contradicen los dichos de la parte demandante en el libelo, al referir que fueron en la mañana a Saludcoop de la Circunvalar, donde el médico la mandó a caminar y cuando tuvo dolores más fuertes regresaron, pero cuando llegaron les dijeron que el médico de turno ya no estaba, por lo que, se fueron para el Hospital Santa Mónica. De tales dichos, no se vislumbra que la paciente se haya presentado en dos oportunidades en la jornada de la mañana a la institución mencionada previa a la única atención que se encuentra soportada en la historia clínica, por el contrario, refiere que en la segunda oportunidad no encontraron el médico de turno, por lo que se fueron por sus propios medios para el Hospital de Santa Mónica, cuando en la escasa documental que reposa en el expediente se avizora una remisión: historia clínica del Hospital Santa Mónica, abierta a las 16:40 horas del 26 de junio, donde refiere que la paciente llegó remitida de SaludCoop para atención de parto (archivo 1 página 189), y el formato de remisión de pacientes de esa misma fecha, pero sin hora (archivo 1 página 39).

De los relatos anteriores, tal como lo consideró la jueza de instancia, no se logra establecer con grado de certeza el lugar, la fecha, hora de la atención, ni las oportunidades en las que consultó la paciente por urgencias, previo al primer reporte de atención que aparece en el expediente, sin hora, donde se ordenó la remisión para atención del parto a la Clínica Avellana del Hospital Santa Mónica de Dosquebradas y que fue aducido al plenario por la parte demandante.

Dilucidado lo anterior, es claro que gravitaba en la parte demandante la demostración de todos los elementos de la pretensión invocada (carga de la prueba), y no cumplió tal carga de cara a los hechos 7 a 11 de la demanda.

6.4.2.- Sobre la renuencia de la accionada a aportar la historia clínica completa, que debe ser valorada como indicio en contra, se observa lo siguiente.

Es cierto que con la demanda se aportó copia de una solicitud dirigida a SaludCoop EPS, deprecando copia íntegra y auténtica de la historia clínica (archivo 1 página 37). Sin embargo, carece de constancia alguna de haber sido efectivamente recibida por el destinatario. De ella no puede desprenderse las consecuencias que pretende el censor.

A la parte demandada (que es la EPS) no se le requirió dicha prueba documental en el trámite del proceso. Nótese que, ni en la demanda ni en su reforma la parte actora solicitó el decreto de prueba alguna para acreditar tales hechos, es más, en la providencia que se

decretaron los medios probatorios³⁵, se ordenó el recaudo de la historia clínica por solicitud de la parte demandada³⁶, siendo requerida a las instituciones prestadoras de salud donde aparentemente se brindaron los servicios a la paciente, esto es, la Clínica Avellana, la Clínica Risaralda, el Hospital Universitario San Jorge y la Corporación IPS Saludcoop Eje Cafetero, entidades diferentes a quien acá integra el extremo pasivo de la litis.

Producto de ese requerimiento probatorio, al expediente llegó historia clínica proveniente de la Corporación IPS Eje Cafetero (archivo 1, páginas 164 a 177); del HUSJ (archivo 1, páginas 180 a 217), y del Hospital Santa Mónica (archivo 1, páginas 238 a 251). Ninguna de ellas da cuenta de las atenciones mencionadas en los hechos 7 a 11 de la demanda, más allá del formato de remisión sin hora ya mencionado.

En tales condiciones, cree la Sala que no puede imputarse una renuencia u omisión a la parte demandada, de la cual pueda derivarse un indicio en su contra, máxime que ni siquiera existe certeza de la institución en la que se brindaron los servicios médicos y las condiciones en las que se suscitaron los mismos.

Al respecto se tiene que de acuerdo con la Ley 23 de 1981, la historia clínica es un documento privado que contiene “el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente”, y debe dar cuenta de manera cronológica, de su estado, de “los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención” (artículo 1º, Resolución 1995 de 1999). En relación con su **organización y manejo** se determinó que “**(t)odos los prestadores de servicios de salud, deben tener un archivo único de historias clínicas en las etapas de archivo de gestión, central e histórico**” (artículo 12). La retención y conservación se estableció por un periodo mínimo de 20 años contados a partir de la fecha de la última atención, término que, posteriormente, se disminuyó a 15 años³⁷.

Particularmente, respecto a la **custodia** (artículo 13), se determinó que esta es una obligación a cargo del **prestador del servicio de salud** que generó la historia clínica, entidad que “*podrá entregar copia (...) al usuario o a su representante legal cuando este lo solicite*”.

El prestador de servicios de salud es el responsable de la generación, custodia, conservación y disposición final de la historia clínica de los pacientes que atiende y para ello debe desarrollar los procesos y actividades que se requieran para su manejo y gestión

³⁵ Página 129 y siguientes ib.

³⁶ Folios 83 y 84 del cuaderno 1 de primera instancia

³⁷ Resolución 839 del 2017.

en el medio que defina (papel o electrónico), cumpliendo con las condiciones técnicas establecidas por la normatividad vigente.

Por lo tanto, es el prestador de servicios de salud el responsable de la generación, custodia, conservación y disposición final de la historia clínica de los pacientes que atiende, calidad que no tiene la acá convocada quien actuó fue como aseguradora, o entidad promotora de salud.

6.4.3.- Así las cosas, se tiene que si bien en los hechos 7 a 12 de la demanda, se hace referencia a las consultas médicas descritas en el soporte fáctico, en los cuales se detallaron los servicios recibidos por la paciente en estado de gravidez, tal como lo afirmó la juzgadora de primera instancia, se desconoce el origen de dicha información contenida en el libelo, toda vez que no fue aportada prueba alguna por la parte actora que la respalde, quedando entonces sin demostración la atención médica inicial de urgencias, recibida por la paciente el día 26 de junio de 2006 a las 7:10 a.m., 10:42 a.m. y 1:27 p.m., en donde se ubica por el demandante la responsabilidad del personal médico que atendió.

Únicamente se allegó el formato de referencia³⁸ para remisión de la paciente de la fecha mencionada, sin que aparezca diligenciada la hora ni más circunstancias relacionadas con la atención; ello no fue desvirtuado por el apelante, quien tampoco presentó un argumento suficiente para alterar la conclusión a la que se llegó en el fallo apelado. Era carga de la parte actora demostrar en primera medida que la paciente se presentó para atención por urgencias el día 26 de junio de 2006, en tres oportunidades esto es, a las 7:10 am, 10:42 am y a la 1:27 pm, como lo afirmó en su demanda, y lo que sucedió en aquellas oportunidades, incluso que se consignó la información incompleta al no apuntar datos relevantes del caso para determinar signos de alarma. Pero, por el contrario, ni siquiera existe claridad que la paciente haya acudido al servicio de urgencias en estas ocasiones, tampoco cuál fue la institución prestadora del servicio que la atendió, ni los servicios que le fueron ofrecidos, al no reposar en el expediente una prueba documental que así lo acredite, como lo es, la historia clínica.

Por lo tanto, para esta Sala de Decisión, la atención médica que se enrostra como defectuosa y causante del óbito fetal no fue probada en el plenario, en la forma cómo se presentó en la demanda. No se logró demostrar la existencia de la atención inicial de urgencia, los documentos solo dan cuenta de una remisión sin hora (cuando aún se detectaba frecuencia cardíaca fetal), y las valoraciones realizadas a partir de las 16:40 en el Hospital Santa Mónica (donde ya no se identificó frecuencia cardíaca fetal y se sospechó

³⁸ Folio 19 página 39 del cuaderno 1 de primera instancia

del óbito fetal), y finalmente en el HUSJ, donde ingresó la paciente a las 18:10 a consulta ginecológica, siendo atendida por la médica general Socorro Hincapié, allí se indica en la nota médica de parto –según se narra en el hecho 16 de la demanda y se coteja de la historia clínica allegada por dicha entidad páginas 182 y 183 del cuaderno 1- “En dilatación y borramiento completa, se traslada a mesa ginecológica, cordón umbilical prolapsado delgado que no pulsa, a las 20:30 hrs., nace feto masculino muerto. Apgar 0/0, con livideces cadavéricas generalizadas, huesos del cráneo cabalgados, cordón umbilical con nudo y friable. No malformaciones microscópicas aparentes. A los cinco minutos alumbramiento placenta shultze. Se envió la placenta para estudio a patología y feto a la morgue”.

En las anteriores condiciones no es posible determinar cómo se llevó a cabo la atención inicial de la paciente, que es de la que se duele el demandante, o que de ella haya derivado la causa de la muerte del feto, menos aún que se hubiese presentado una falla u omisión en la misma, o que exista un indebido diligenciamiento de las notas de valoración, o que éstas fueron erradas o incompletas, que fue lo que se planteó en la demanda como soporte de la responsabilidad civil demandada.

El reparo, por lo tanto, no prospera.

6.5.- Aunque lo anterior sería suficiente para confirmar la sentencia apelada, pues no podría erigirse condena alguna con base en omisiones que se denuncian ocurridas en un espacio temporal sobre el cual no existe prueba de la existencia de las atenciones médicas descritas en la demanda, lo que incluso permitiría válidamente preguntarse si en realidad la demora fue de los médicos tratantes, o de la paciente en consultar, observa la Sala además lo siguiente.

Respecto del reparo restante, relacionada con la culpa, su examen deviene irrelevante porque lo cierto es que la sentencia apelada tampoco encontró demostrada la causa del deceso del feto, o que esa muerte fuera atribuible a la acción u omisión de los galenos tratantes, conclusión que no fue controvertida por el actor.

Recuérdese que frente a la valoración de la prueba pericial la primera instancia señaló que en ella no se indicaba la causa de la muerte. Similar ocurrió con el informe técnico de necropsia, del que, si bien se dijo que carecía de valor probatorio por haber sido aportado en copia simple, también se destacó que no indicaba la causa del deceso³⁹. En tales

³⁹ Hallazgos: cadáver recién nacido maduro, complexión mediana, a término, sin malformaciones macroscópicas, con hematoma subgaleal moderado como único signo de trauma, con congestión hepática pulmonar y de vasos encefálicos. En cordón y placenta aportados por CTI se encuentra nudo de tercio medio de cordón. En dicho estudio se registra en acápite DISCUSIÓN: “Cadáver identificado por policía judicial, del cual se aporta únicamente historia clínica donde se evidencia falta de actividad fetal y atención para extracción de óbito, en quien se complementará estudio de muerte con estudios de patología”. Cuya conclusión fue: “1. MANERA DE MUERTE: a determinar por autoridad judicial. 2. MECANISMO DE MUERTE: en estudio. 3. CAUSA DE MUERTE en estudio. 4. ELEMENTO O MECANISMO VULNERANTE en estudio”. Página 71 del cuaderno 1 de primera instancia.

conclusiones probatorias estuvo de acuerdo el apelante, porque no las controvertió.

Sus esfuerzos ante esta instancia se dirigieron a demostrar el actuar contrario a la *lex artis*, para lo cual denuncia, por ejemplo, indebidamente valorado el dictamen pericial que se decretó para la prueba del error grave que, según el apelante, demostró que los médicos no cumplieron el estándar esperable consistente en acudir a las ayudas diagnósticas que permitieran un parto exitoso (monitoreo electrónico fetal o Doppler), que los requisitos de habilitación incluían la necesidad de contar con un monitor fetal en niveles de mediana y alta complejidad, además que, la atención suministrada a la paciente debía ser inmediata, contando con protocolos para la referencia de aquella y soporte para los servicios de apoyo asistencial, como es el servicio de ambulancia. Insiste en que se desconoció la obligación de monitoreo fetal intermitente, cada 15 o 30 minutos luego de la contracción, con apoyo en literatura médica mexicana que cita, y en la demora en la remisión a una IPS de mayor nivel, lo que infiere de la historia clínica indica que el ingreso a la sección de urgencias a la clínica Avellana se produjo el 26 de junio siendo las 16:40, cuando la remisión se había ordenado desde 13:27 (Resolución 1043 de 2006, referencia y contrareferencia).

Existiendo en la materia libertad probatoria, no se aportaron al proceso testimonios técnicos o conceptos de expertos que ilustraran al funcionario judicial sobre la certeza o probabilidad de que la causa del daño que se investigaba (muerte del nasciturus), fue la indebida atención médica que recibió la madre durante el trabajo de parto, como se denuncia. Es más, se recuerda que ni siquiera se acreditó la existencia de la atención médica desde las 7 de la mañana de aquel día del parto, razón por la cual la primera instancia desechó el análisis del caso que se hizo en el Hospital Santa Mónica (mortalidad perinatal, documento visible en el archivo 1, páginas 250 y 251), contra lo que no protestó el actor.

En consecuencia, en el caso que es materia del análisis, la causa del deceso del feto no quedó determinada, y en esas condiciones no puede colegirse que sea imputable a la entidad demandada.

Siendo ello así, y no habiendo sido refutado por el apelante, inane resulta el análisis de lo propuesto en este reparo, máxime cuando, se insiste, la censura parte de la existencia de unas atenciones médicas donde presuntamente se presentaron las omisiones que denuncia, pero de aquellas no quedó prueba en el expediente.

No sobra destacar que, respecto de la tardanza injustificada en la remisión a un centro de mayor complejidad para la atención del parto, la ausencia de prueba ya relacionada impide analizar el reparo. Si bien existe la remisión, no obra prueba de la hora en que la misma se ordenó, por lo que no existe parámetro en el expediente para señalar si hubo o no tardanza

en el traslado. Y si bien en la historia clínica del Hospital Santa Mónica se refiere la existencia de dificultades con la ambulancia que finalmente trasladó a la paciente hasta el HUSJ, lo cierto es que cualquier omisión que allí haya podido presentarse no puede ser la causa del deceso porque, para ese momento, ya no se identificaba la frecuencia cardíaca fetal, sospechándose de su deceso, luego si bien esa situación podría ser reprochable, no tiene ninguna injerencia en el resultado dañino.

En el anterior orden de ideas, los elementos de la responsabilidad de la parte demandada no fueron acreditados, por el contrario, la evidencia recopilada apunta a que no había indicios de las eventuales complicaciones que presentaría el parto, sin que se pueda concluir que los médicos debieron actuar de otra manera, o que omitieron realizarle algún examen diagnóstico a la paciente, siendo este el resultado del deficiente devenir probatorio de la parte actora. Por ende, no era viable que la jueza presumiera la culpa galénica a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes; tampoco que acudiera a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur* o la culpa virtual, que, preciso es destacarlo, se tratan de argumentos novedosos ajenos al planteamiento inicial previsto en la demanda, frente al cual tuvo ocasión de defenderse el extremo pasivo.

Igual acontece con los acercamientos que en el escrito de impugnación se realizan a la teoría de la pérdida de la oportunidad⁴⁰, aspecto nuevo, que no se incluyó como pilar de la responsabilidad deprecada en la demanda, o como una pretensión, por lo que, según ha sostenido la Corporación⁴¹, pronunciarse ahora sobre ella desbordaría los límites del principio de congruencia que imponía el artículo 305 del CPC -reproducidos en el artículo 281 del CGP- que perentoriamente establecía que la sentencia debía estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que el estatuto contemplaba, así como con las excepciones que aparecieran probadas y hubieran sido alegadas si así lo exigía la ley (prescripción, compensación y nulidad relativa), a menos que fuera un tema de obligado pronunciamiento por el juez (como la legitimación, o las restituciones mutuas, o las situaciones derivadas de un asunto de familia, o en los procesos agrarios en los que se reconociera amparo de pobreza, o las costas, para citar unos casos).

Más notoria es la situación frente a un tema que no es pacífico; más bien sobre él se han planteado diversas teorías, unas que ven la pérdida de oportunidad como un daño autónomo; las que la analizan como un tipo de perjuicio material; o las que la califican como uno de tipo extrapatrimonial; o aquellas que la mantienen en el plano de la culpabilidad o

⁴⁰ Invocado en el escrito de reparos y sustentación del recurso de apelación. Archivos 17 y 22 del cuaderno de segunda instancia.

⁴¹ Sentencia TSP.SC-0063-2021

de la causalidad, según explica la doctrina⁴²⁻⁴³, sobre las que la jurisprudencia no acaba de precisar su naturaleza, si bien le ha dado tratamientos diferentes, como podría verse en las sentencias SC5686-2018 y en la SC562 de 2020.

7. En consideración a lo anterior, estudiado el recurso ha quedado definido que no existen elementos que den lugar a la revocatoria de la providencia, por lo tanto, se confirmará la sentencia apelada, adicionando lo correspondiente a la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la señora Diana Milena Grisales Hurtado.

Se condenará en costas a la parte actora porque se le resolverá desfavorablemente el recurso (art. 365-1 CGP). Ellas se liquidarán en primera instancia, de manera concentrada, siguiendo las reglas del artículo 366 ibidem. Para tal fin, en auto separado, se fijarán las agencias en derecho.

Decisión.

De conformidad a lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la república de Colombia,

Resuelve

Primero. Confirmar la sentencia proferida el 15 de julio de 2020, dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Segundo: Se **adiciona** para declarar probada frente a la demandante Diana Milena Grisales Hurtado, la falta de legitimación en la causa por activa.

Tercero: Se condena en costas en segunda instancia a la parte actora y a favor de la demandada. Se liquidarán en la forma indicada.

Cuarto: Ejecutoriada la decisión, remítase el expediente a su lugar de origen.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

⁴² Plata Prince, Luis Carlos, La pérdida de oportunidad en el derecho de daños. Ibáñez, Bogotá D.C., 2019, p. 166

⁴³ Tamayo Jaramillo, Javier, Tratado de responsabilidad civil, T. I, Legis, Bogotá, 2007, p. 287; y T. II, p. 357

Hoja de firmas de los magistrados SC-0050- 2022

Con firma electrónica
CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS

Con firma electrónica
DUBERNEY GRISALES HERRERA

Con firma electrónica
EDDER JIMMY SANCHEZ CALAMBAS

LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA 26-09-2022 CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO SECRETARIO

Firmado Por:

Carlos Mauricio Garcia Barajas
Magistrado
Sala 002 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

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: **8f8cd40068a932c140c923e969e184d01400d51c48b4f144d0c6d40aec293dc2**

Documento generado en 23/09/2022 01:09:11 PM

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