



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado Ponente

SC9193-2017
Radicación n° 11001-31-03-039-2011-00108-01

(Aprobado en sesión del veintinueve de marzo dos mil diecisiete)

Bogotá D.C., veintiocho de junio de dos mil diecisiete.

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por Luz Mery Zambrano Acevedo, Richard Mauricio Sanabria Bello, Betty Maria Acevedo de Zambrano, Josué Gabriel Zambrano Ruiz y Juan Sebastián Sanabria Zambrano contra la sentencia proferida el 21 de junio de 2013 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario que promovieron frente a EPS Sanitas S.A.

I. ANTECEDENTES

A. Pretensiones

Los demandantes solicitaron que se declare a la entidad convocada civilmente responsable por los daños y perjuicios que sufrieron con ocasión del menoscabo a la salud del menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano, causado por la retardada y deficiente atención médica que recibió la señora Luz Mery Zambrano Acevedo en su trabajo de parto.

Como consecuencia de la anterior declaración, pretendieron que se condene a la demandada al pago de las sumas de dinero correspondientes a los perjuicios que se indicaron en el libelo inicial, en el siguiente orden:

a. A favor del menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano:

- 4.000 gramos oro por concepto de perjuicio fisiológico o a la vida de relación.

- 1.000 gramos oro por daño moral.

- El lucro cesante por las sumas de dinero que Juan Sebastián Sanabria Zambrano habría podido devengar en su vida adulta como producto del despliegue de una actividad económica productiva y lícita; equivalente a un salario mínimo calculado desde el cumplimiento de su mayoría de edad hasta el término de su vida probable.

b. A favor de Luz Mery Zambrano Acevedo y Richard Mauricio Sanabria Bello (padres del menor):

1.000 gramos oro por concepto de daño moral (500 para cada uno).

c. A favor de Bettis Maria Acevedo de Zambrano y Josué Gabriel Zambrano Ruiz (abuelos del menor):

500 gramos oro por concepto de daño moral (250 para cada uno).

B. Los hechos

1. La demandante está afiliada a la EPS Sanitas desde el 18 de febrero de 2005 y desde esa fecha ha recibido los servicios médicos por parte de esa entidad.

2. El 19 de junio de 2007, a las 7:50 horas, asistió a control prenatal en la Clínica Colombia, dada su calidad de primigestante de 39 semanas de embarazo. En esa visita médica se encontró "actividad uterina irregular" y se le ordenó regresar una semana después para practicarle un examen, según quedó registrado en la historia clínica.

3. Al día siguiente, esto es el 20 de junio de 2007, a la 1:07 horas, consultó nuevamente por urgencias en el mencionado centro hospitalario, por haber presentado un dolor punzante en la región lumbar, irradiado a la pierna derecha y dolor abdominal,

lo que podía indicar el inicio del trabajo de parto. Sin embargo, no aparece en la historia clínica registro de la actividad uterina, ni el tacto vaginal requerido, ni indicación alguna de monitoreo para el control del bienestar fetal. Para ese momento la frecuencia fetal se registró como "positiva", sin tener evidencias que respaldaran esa apreciación; posteriormente se le aplicó una ampolla de Diclofenaco y un analgésico para el malestar, luego de que el médico tratante le diagnosticara dolor lumbar.

4. Los síntomas que presentó la paciente eran indicativos del inicio del trabajo de parto, sin que fueran detectados por el médico tratante, quien tampoco la remitió al especialista.

5. Ante el incremento del dolor, la demandante acudió por tercera vez al servicio de urgencias de la Clínica Colombia, a las 16:01 horas, refiriendo ausencia de movimientos fetales asociada a dolor periumbilical y vómitos, según lo consignado en la historia clínica. Para ese momento el examen físico realizado reportó signos vitales maternos en rango normal (TA: 120/68; FC: 68 x min). La FCF fue de 130 x minuto con un útero normotónico. No se registró la actividad uterina exacta. El tacto vaginal demostró un trabajo de parto en fase activa, evidenciado por una dilatación de 3-4 cm, borramiento del 80%, estación menos de 2, con membranas íntegras. El médico tratante hizo una impresión diagnóstica de "trabajo de parto G1PO, 39 semanas, hipoactividad fetal".

6. El diagnóstico anterior y la ausencia de movimientos fetales referidos por la demandante, eran una clara señal de la pérdida de bienestar fetal, pues sugerían un grado de sufrimiento fetal agudo. Sin embargo, las indicaciones médicas fueron continuar con el trabajo de parto natural y ordenar la conducción del mismo.

7. En la historia clínica de ese día aparece registrada una solicitud de monitoreo fetal, pero no hay reporte de que se haya practicado.

8. Según los resultados de ese momento, debió procederse a la extracción inmediata del niño mediante cesárea, pues así lo indicaba la anamnesis y la impresión diagnóstica realizada por el médico tratante.

9. El 21 de junio de 2007, a las 00:27 horas, se produjo el parto vaginal eutócico con líquido amniótico meconiado (meconio reciente); nace flácido, sin patrón respiratorio, cianótico y poco reactivo a estímulos externos. Realizan soporte con máscara y ventilación con presión positiva, ante lo cual no hubo mejoría, por lo que se procedió a intubación orotraqueal y masaje cardíaco, observándose una muy lenta recuperación del esfuerzo respiratorio, la frecuencia cardíaca y el tono. Presentó Apgar de 3, 6 y 8 a los 10 minutos.

10. El hecho de que el menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano presentara al nacer “cordón umbilical teñido de meconio más meconio reciente” indica que el parto fue atendido de manera tardía por los médicos de la EPS Sanitas, no obstante que la gestante acudió tres veces a solicitar atención médica y en todas ellas fue devuelta a su domicilio porque en criterio de los médicos los signos que mostró no eran indicativos de parto y todo estaba dentro de lo normal.

11. El recién nacido presentó sufrimiento fetal grave, con acidosis metabólica severa, encefalopatía hipóxico-isquémica perinatal, todo ello constatado por el test de Apgar y por la necesidad de asistencia ventilatoria mecánica o artificial debido a su dificultad para mantener la respiración por sí mismo.

12. La resonancia magnética cerebral realizada al menor mostró las anomalías propias de un sufrimiento fetal intenso, tales como lesiones hemorrágicas del parénquima cerebral.

13. Lo anterior fue corroborado por el diagnóstico emitido el 6 de julio de 2007 por el neuropediatra, quien confirmó que el neonato sufrió asfixia perinatal y hemorragia intracraneana occipital derecha y áreas corticales frontoparietales, con convulsiones neonatales, todo ello enmarcado dentro de la encefalopatía hipóxica.

14. El menor también presentó disfunción orgánica múltiple en el grado proporcional al daño cerebral desencadenado por la asistencia perinatal, esto es la afectación de otros órganos y sistemas en grado similar o superior como son depresión miocárdica, insuficiencia renal, necrosis intestinal o depresión respiratoria profunda. Esto quedó demostrado por los diagnósticos consignados en la historia clínica del paciente, los

cuales fueron: síndrome de dificultad respiratoria neonatal, necrosis tubular aguda (hematuria), falla cardíaca y disfunción orgánica múltiple.

15. La parálisis cerebral y minusvalía a la que quedó sometido el menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano son consecuencia del sufrimiento fetal agudo que presentó *in útero*, debido a que el parto no se atendió en el tiempo debido.

16. Los signos de sufrimiento fetal no provocaron ninguna reacción en el personal médico, el cual tenía que sospechar las posibles causas, realizar otras pruebas diagnósticas y finalizar de inmediato el parto mediante cesárea.

17. Al menor se le dio de alta el 8 de julio de 2007 en muy mal estado de salud, con dependencia de oxígeno permanente, hipertensión pulmonar, medicamentos anticonvulsivos, hipotonía y, en general, con compromiso neurológico severo que retrasó su desarrollo global, presentando convulsiones permanentes y reiteradas, lo que hacía necesario el traslado urgente y reiterado a diferentes clínicas y hospitales, así como a consultas permanentes a los diferentes especialistas, en pediatría, neumología, otorrinolaringología, gastroenterología, neurología, fisioterapia, etc., situación que lo dejó dependiendo de terapias permanentes.

18. Los daños causados al menor al momento de su nacimiento le han generado graves secuelas de tipo neurológico, tales como encefalopatía hipóxica isquémica, parálisis cerebral de tipo cuadriplejía espástica, retraso cognitivo, epilepsia de diferentes tipos, entre ellas síndrome de West, daños en la visión nivel central, dificultades para dormir y comer, apnea del sueño, etc.

19. La entidad demandada ocultó las verdaderas causas de los daños a la salud sufridos por el menor, pues la madre sólo vino a enterarse de ellas un año y medio después de nacido, cuando solicitó copias de la historia clínica.

20. Los padres del menor sufren una profunda aflicción, estados depresivos y dolor moral por ver a su primer hijo en estado cuadripléjico, quien estará privado para siempre del disfrute propio de una vida de relación interpersonal y social.

C. Excepciones formuladas por las demandadas

La parte demandada se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó:

1. *“Ausencia de carga probatoria de la demandante”*. Afirmó que los actores no probaron que los daños causados a la salud del menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano fueron ocasionados por la atención médica retardada y defectuosa que brindó la demandada, *“lo cual no se encuentra probado en la demanda”*. Afirmó que los actores pretenden eximirse de la carga probatoria que les asiste, contrariando lo normado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. [Folio 219, cuaderno 1]

2. *“Cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas legales vigentes por parte de la EPS Sanitas”*. De conformidad con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, la EPS es responsable de la afiliación, el registro de los afiliados y el recaudo de sus cotizaciones por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica consiste en organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan obligatorio de salud a sus afiliados y girar dentro de los términos previstos en la Ley 100 de 1993 la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por captación (UPC) al Fosyga.

La demandada cumplió con todas las obligaciones derivadas de la relación con la usuaria, garantizando su acceso a una red “prestataria” de servicios de salud idónea y cumplidora de los requisitos legales para su funcionamiento. [Folio 226, c. 1]

3. *“Inexistencia de la obligación indemnizatoria: EPS Sanitas no dispensó la atención en salud que se aduce fue la causante del daño demandado”*. Reiteró que la EPS Sanitas S.A. no presta directamente servicios de salud a sus usuarios, pues su función consiste en garantizar la cobertura económica de los servicios requeridos a través de la contratación de instituciones prestadoras de servicios de salud adscritos a su cuadro médico, que son las encargadas de prestar la atención a los pacientes. [Folio 227, c. 1]

4. *“Ausencia de responsabilidad de EPS Sanitas”*. No existió culpa de la EPS, pues ningún funcionario de la EPS Sanitas

participó en el proceso de atención en salud brindado a la demandante en la Clínica Universitaria Colombia. [Folio 233, c. 1]

5. "*Ausencia de culpa por parte de la EPS Sanitas S.A.*" Bajo este acápite repitió las mismas razones expresadas en las excepciones anteriores.

6. "*Indebida y excesiva tasación de perjuicios*". La liquidación del lucro cesante futuro no partió de una base razonable y genera serias dudas acerca de la ganancia económica que habría recibido el menor en el caso de no haber sufrido daños a su salud. [Folio 243, c. 1]

7. "*Fuerza mayor – caso fortuito*". El daño sufrido por el menor fue imprevisible, pues no había manera de saber su causa, dado que la gestante no presentó signos ni síntomas que permitieran hacer el diagnóstico preventivo.

8. "*Prescripción*". De conformidad con lo estipulado por el artículo 2358 del Código Civil, la acción para la reparación del daño que pueda ejercitarse contra terceros responsables prescribe en tres años contados desde la perpetración del acto. Luego, si los hechos relacionados en la demanda ocurrieron el 21 de junio de 2007, entonces la acción estaba prescrita para la fecha de la notificación de la demanda el 18 de julio de 2011. [246, c. 1]

D. La sentencia de primera instancia

Al interpretar la demanda, la juez de primera instancia entendió que la intención de la parte actora fue acumular pretensiones por vía contractual y extracontractual, lo que le permitió resolver el litigio por la vía contractual en lo que respecta a las pretensiones del menor Juan Sebastián Sanabria, y por la extracontractual frente a los demás demandantes. [Fl. 1046, c. 1]

Seguidamente, se adentró en el estudio de la excepción de prescripción, la cual tuvo por no probada, dado que la norma invocada se refiere a las acciones ejercitadas contra terceros responsables, mientras que en el presente caso la responsabilidad endilgada a la EPS es directa. [Folio 1044, c. 1]

En lo que respecta al centro de la controversia, afirmó que la responsabilidad contractual y la extracontractual poseen unos elementos comunes, a saber: *“el hecho dañino, el daño causado, el nexo causal entre ambos, la culpa del demandado y de la entidad y la cuantía de los perjuicios”*. [Folio 1049, c. 1]

Frente al análisis de las pruebas, concluyó que no existen elementos de juicio para tener por demostrada la culpa de la entidad demandada en la atención brindada a la paciente antes y durante el trabajo de parto. Agregó que aunque en las horas previas al parto la gestante presentó actividad uterina irregular, no hay certeza de que tal hecho haya sido un signo indicativo de la inminencia del expulsivo que requiriera el seguimiento del protocolo médico propio del trabajo de parto real. [Fl. 1055, c. 1]

Argumentó que aunque el médico Francisco José Aldana Valdés indicó que sí existió un signo de sufrimiento fetal, también es cierto que el ginecólogo Andrés Callamand explicó que tales síntomas no conducían a inferir un trabajo de parto real, cuyas declaraciones halló la juez *“adversas y contradictorias”*, generándole más credibilidad las ofrecidas por el último de los expertos, pues la especialidad del primero es la neurología pediátrica y, por ende, carece de conocimientos sobre el tema; mientras que el campo científico del ginecólogo sí está relacionado con los hechos que son materia de la controversia. [Fl. 1055, c. 1]

Con relación al dolor lumbar punzante irradiado a la pierna derecha que presentaba la demandante, señaló que no era indicativo del inicio del trabajo de parto ni de sufrimiento fetal, por lo que bien podía considerarse como una alteración anatómica propia del embarazo. [Folio 1056, c. 1]

La juez de instancia, en fin, consideró que el personal médico actuó de conformidad con la *lex artis*, por lo que no puede decirse que hubo culpa en la atención dispensada a la usuaria.

Afirmó que como las pretensiones se fundaron en la indebida y tardía atención del parto, no es posible que el juzgador se introduzca en el análisis de los hechos que dan cuenta de la atención ofrecida al menor luego de su nacimiento. [Fl. 1059, c. 1]

Por último, manifestó que aún *“si en gracia de discusión se aceptara una valoración más benigna frente a la carga de la prueba que*

atañe a los demandantes en torno a la culpa de la demandada", en todo caso no está probado el nexo de causalidad entre el hecho lesivo y el daño sufrido por el menor.

En consecuencia, negó las pretensiones de la demanda por no hallar prueba de los elementos de la responsabilidad civil. [Folio 1061, c. 1]

F. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión, la parte actora la apeló, con sustento en las siguientes razones:

Afirmó que la juez se equivocó al considerar que las pretensiones de la demanda contienen una acumulación de responsabilidad contractual y extracontractual. De hecho, la posición del menor en el proceso es la de víctima de la negligencia del personal médico de la entidad demandada y no la de contratante, pues carecía de capacidad contractual. Tampoco puede considerarse a la madre como contratante, pues su calidad era la de beneficiaria de su cónyuge, quien cotizaba al sistema de salud.

La acción de todos los demandantes fue entonces, de manera inequívoca, extracontractual. [Folio 4, c. Tribunal]

Sobre las pruebas en las que se sustentaron los hechos de la demanda, señaló que en la historia clínica está consignado que el 19 de junio la usuaria presentó actividad uterina irregular, a pesar de lo cual se le dio de alta y se le recomendó regresar dentro de una semana, sin realizarle ninguna clase de análisis para determinar la causa de su estado, no se le practicó tacto vaginal, no se hizo monitoreo fetal, ni se le tomaron radiografías, lo cual debió ser analizado por la juez de instancia para valorar la conducta de la demandada. [Folio 5, cuaderno Tribunal]

En su criterio, un médico prudente habría ordenado los análisis mencionados y la remisión de la paciente al ginecólogo para que éste prescribiera los procedimientos necesarios para la atención del caso concreto.

Según el doctor José Francisco Aldana, médico neuropediatra con más de 50 años de experiencia, la actividad intrauterina irregular que presentaba la gestante demostraba un signo de sufrimiento fetal que hacía necesaria la inducción del trabajo de parto.

La negligencia del personal médico trajo como consecuencias los graves e irreversibles daños que sufrió el menor, tales como paraplejía, retraso cognitivo e imposibilidad de caminar y de habla.

Con relación a la segunda visita de la paciente al centro hospitalario el 20 de junio en horas de la madrugada, en cuya oportunidad se le diagnosticó lumbago no especificado, se le recetó Diclofenaco y se le dio de alta sin realizarle ningún examen y sin someterla a observación, la juez consideró que se trató de un suceso normal, sin que esa conducta omisiva del personal médico le llamara la atención como signo constitutivo de negligencia.

Resaltó que la paciente acudió a la Clínica a las 8 de la noche del 19 de junio debido a los síntomas de dolor punzante en la región lumbar y dolor abdominal, y sólo fue atendida al día siguiente a la 1:07 de la madrugada, lo que evidencia un retardo en la atención médica que incidió decisivamente en el resultado lesivo cuya indemnización se demanda. [Folio 9, cuaderno Tribunal]

Al respecto, el doctor Aldana explicó que tales síntomas indicaban el inicio del trabajo de parto, por lo que la paciente debió hospitalizarse de inmediato con el fin de realizarle todos los estudios necesarios para establecer qué era lo que estaba ocurriendo y poder determinar las acciones tendientes a evitar lesiones a la salud de la paciente y del menor.

Según el referido galeno, la falta de movimientos fetales indicaba un sufrimiento del *nasciturus* por disminución de la capacidad de oxígeno en el cerebro. Ello significa que el niño estaba haciendo alteración en el útero, por lo que debió realizarse una cesárea para evitar daños.

Para el apelante, el concepto del experto, considerado como el mejor neuropediatra de América Latina, es una prueba contundente, por lo que no se explica la razón por la cual la juez le restó credibilidad y todo valor probatorio.

El 20 de junio, por tercera vez, la paciente acudió a un centro hospitalario de la entidad demandada, donde fue examinada por la enfermera jefe, quien no halló ninguna anomalía en los síntomas persistentes que presentaba la usuaria, por lo que se vio en necesidad de reingresar por el servicio de urgencias. La enfermera hizo una valoración manual, superficial, sin prescribir los exámenes médicos de rigor y sin remitir a la paciente a valoración por parte de un médico.

La reincidencia de la paciente en tres ocasiones por los mismos síntomas, la ausencia de una valoración médica según los estándares de la profesión y la falta de exámenes diagnósticos, no le parecieron a la juez circunstancias graves y anómalas y, por el contrario, omitió hacer cualquier pronunciamiento al respecto.

En la cuarta consulta, el 20 de junio de las 10:01 horas, ante la gravedad de la paciente, el personal médico de la clínica Colombia ordenó su hospitalización. Sólo en esta oportunidad se le hizo el tacto vaginal, el monitoreo y los demás exámenes; pero para entonces el daño a la salud del menor ya se había consumado, pues esta atención fue tardía.

El cúmulo de datos consignados en la historia clínica y los conceptos de los expertos demuestran que la parálisis cerebral y minusvalía a que está sometido el menor Juan Sebastián, son consecuencia directa del sufrimiento fetal intrauterino agudo que presentó y que no fue oportunamente atendido por el personal de la Clínica de la entidad demandada.

Por todas esas razones, solicitó la revocación del fallo proferido por la juez de descongestión y, en su lugar, declarar la responsabilidad de la entidad demandada y la consecuente condena en perjuicios.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Superior de Bogotá “refrendó” la decisión de primer grado, por considerar que no hay prueba de la culpa de la entidad demandada, ni de su relación con los daños sufridos por el menor.

A partir del análisis de las explicaciones rendidas por los especialistas, concluyó que no hay prueba de que la paciente presentara síntomas indicativos de factores de riesgo que llevaran al personal médico a realizarle un tacto vaginal o a hospitalizarla. Afirmó que ese tipo de decisiones son del exclusivo resorte del médico tratante, cuyo comportamiento no puede ser censurado por el juez sino en el evento de que riña con las pautas de la *lex artis*.

Al igual que la juez *a quo*, consideró que el “testimonio” del ginecólogo Callamand Borrero genera más convicción que el del neurólogo José Aldana Valdés, especialista en pediatría y neonatología. Insistió en que el criterio del primero debe prevalecer porque sustentó sus apreciaciones con mayor detalle, por su especialidad y porque su versión se basó en la historia clínica. [Folio 60]

Agregó que según la historia clínica, el 19 de junio se practicó a la paciente un examen de rigor, sin que se encontraran signos indicativos de una anormalidad en el embarazo. Luego, *“no cabe atribuir negligencia a los médicos por no haber dispuesto, en la antedicha oportunidad, la práctica de los exámenes y procedimientos que la parte actora echó de menos, tanto en su libelo inicial como al fundamentar su apelación”*. [Folio 60, c. Tribunal]

En ese primer momento –consideró el Tribunal– el comportamiento del personal que atendió la “actividad uterina irregular” que experimentó la señora Zambrano Acevedo armoniza con las pautas que ilustró el ginecólogo Callamand Borrero, cuya vinculación a la entidad demandada no impone desechar sus conclusiones expuestas con coherencia y amplitud. [Folio 61, c. Tribunal]

De igual modo indicó que el concepto del doctor Aldana Valdés tiene menos peso probatorio porque él mismo reconoció que el tema sobre el cual se discurre no es de su especialidad, pues él se encarga de la valoración del niño, mientras que el parto es un asunto del obstetra.

En cuanto a la segunda atención, comentó que en la historia clínica no hay prueba de la demora de 5 horas que relató la demandante, por lo que tal afirmación no puede tenerse en cuenta para endilgar negligencia a la entidad demandada.

Con relación al dolor punzante lumbar, el Tribunal adujo que no puede considerarse como algo anormal, según lo indicó el médico Callamand Borrero; por lo que la conducta del médico tratante Vladimir Gómez de no remitir a la paciente ante el ginecólogo no resulta censurable, dado que la situación en que aquélla se encontraba no ameritaba la iniciación del trabajo de parto ni el acometimiento de las actividades que los actores echaron de menos. [Folio 62, c. Tribunal]

Además -prosiguió- consta en el expediente que el doctor Gómez le tomó la tensión arterial, la frecuencia cardíaca y respiratoria, y le practicó un examen físico; por lo que su atención no puede tildarse de negligente o tardía.

Sólo en la atención del 20 de junio, a las 4:01 p.m., se registró ausencia de movimientos fetales, lo que hizo necesario el tacto vaginal y la iniciación del expulsivo.

A partir de los "testimonios" de los especialistas, la historia clínica *"y las notas de enfermería"*, el *ad quem* coligió que únicamente el 20 de junio a las 5:45 p.m. la paciente evidenció síntomas indicativos de factores de riesgo, ante lo cual el personal médico que la atendió actuó de inmediato según los estándares de la profesión.

Por ello, el Tribunal consideró que no es de recibo la opinión de los apelantes al endilgar demoras y negligencia en la atención brindada a la gestante.

En lo que respecta a la presencia de meconio en el cordón umbilical, señaló que ello no es una señal indiscutible de la tardanza en la atención médica del parto, pues tal vicisitud pudo obedecer a una *"situación normal como la presión que recae sobre la cabeza del bebé durante el parto, u otra circunstancia similar, sin que esa ambigüedad sea pasible de absolverse en contra del médico, quien como se sabe, asume a estos respectos (la salud de una persona al nacer) una obligación de medios"*. [Folio 67, c. Tribunal]

En conclusión, para el Tribunal no quedó demostrada la tardanza, negligencia o imprudencia de la demandada en la atención brindada a la actora, por lo que no se comprometió su responsabilidad patrimonial; a todo lo cual adicionó que tampoco hubo prueba del nexo causal entre la conducta de la entidad de salud y los daños causados al menor.

Por esas razones confirmó el fallo apelado.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Se formularon cuatro cargos con apoyo en la causal primera de casación, todos por violación indirecta de la ley sustancial.

PRIMER CARGO

Adujo que hubo violación indirecta del artículo 2341 del Código Civil, por haber infringido el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor *«las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba»*.

Manifestó que el error consistió en la apreciación desarticulada que hizo el Tribunal de las declaraciones técnicas rendidas por los médicos Andrés Augusto Callamand Borrero y Francisco José Aldana Valdés.

En cuanto al concepto rendido por el doctor Callamand, el *ad quem* pasó por alto la afirmación de este experto acerca de la “actividad uterina irregular” que presentó la paciente antes del parto, y se concentró únicamente en que aquél consideró que no hubo factores de riesgo que indujeran a inferir la presencia de alteraciones del bienestar fetal, en contravía de lo que demostraron los demás medios de prueba.

En efecto, el doctor Aldana Valdés fue enfático en explicar que la actividad uterina irregular era un signo de sufrimiento fetal o intrauterino que hacía indispensable la cesárea para evitar la prolongación del sufrimiento del feto por un parto demorado.

De igual modo, en la historia clínica del 19 de junio de 2007 aparece consignado que la paciente presentó actividad uterina irregular, lo que ameritaba mayores cuidados por parte del personal médico y la realización de los exámenes y tratamientos adecuados para preservar el bienestar de la gestante y de su producto.

En contra de esas evidencias, el Tribunal insistió en restar credibilidad a los argumentos expresados por el médico neurólogo y neonatólogo, para dar mayor valor probatorio a la declaración que rindió el ginecólogo, sin que exista ningún criterio racional para adoptar esa determinación, pues la explicación del neuro-neonatólogo fue detallada y coherente. [Folio 8, c. casación]

SEGUNDO CARGO

Nuevamente denunció la infracción indirecta de la norma sustancial invocada en el cargo anterior, por error en la apreciación conjunta de las pruebas.

Para sustentar su acusación, afirmó que el Tribunal no valoró correctamente la historia clínica en armonía con lo que expresaron los “testimonios técnicos” rendidos por los médicos Callamand Borrero y Aldana Valdés.

El sentenciador *ad quem* no tuvo en cuenta los síntomas que presentó la paciente en la segunda consulta, esto es el dolor punzante en la región lumbar, que asociado a la actividad uterina irregular fue un signo inequívoco de anormalidad –tal como concluyó el doctor Aldana Valdés-, que ameritaba una atención más diligente por parte del personal médico, para el que todo estuvo dentro de lo normal.

TERCER CARGO

Repitió la misma causal, la misma vía y las mismas normas invocadas en los dos cargos anteriores.

Insistió en que el Tribunal no apreció en conjunto la historia clínica y los “testimonios técnicos” rendidos por los médicos Augusto Callamand Borrero y Francisco José Aldana Valdés.

El juzgador *ad quem* consideró que sólo en la tercera consulta la paciente presentó ausencia de movimientos fetales, cuando la historia clínica y los médicos coincidieron en que desde la primera consulta hubo signos de malestar fetal que hacían necesaria una atención más diligente por parte del cuerpo médico de la entidad demandada.

Al respecto, el doctor Aldana Valdés conceptuó que la falta de movimientos fetales en la primera consulta indicaba un sufrimiento del feto por falta de irrigación de oxígeno al cerebro, lo que ameritaba una inmediata intervención del obstetra para que el proceso anómalo no se agudizara. En el mismo sentido, el doctor Callamand Botero indicó que frente a la ausencia de movimientos fetales el mejor procedimiento según la práctica médica era considerar una prueba de trabajo de parto que ayudara a establecer si había algún grado de compromiso placentario o de oxigenación, con el fin de precisar si había que desembarazar a la paciente por parto o por cesárea. [Folio 11]

El Tribunal, en suma, no advirtió que todas las pruebas apuntan a que la paciente presentó factores de riesgo que debieron ser tomados en cuenta por el personal médico que la atendió.

CUARTO CARGO

Nuevamente, fundó el motivo de casación en la misma causal, vía y norma sustancial que los tres cargos anteriores, por infracción del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil.

Reiteró que el error del Tribunal consistió en no haber valorado de manera articulada la historia clínica y los “testimonios técnicos” rendidos por los doctores Callamand Borrero y Aldana Valdés.

Indicó que el fallador de segundo grado *«apreció erradamente la historia clínica y los “testimonios técnicos”, los cuales prueban fehacientemente que no se atendió en su real dimensión la actividad uterina irregular presentada, que se concretó en la demora en la iniciación de los procedimientos médicos para desembarazar a la paciente, y esas no fueron apreciadas en su conjunto, las cuales demuestran además la relación de causalidad entre el retardo médico y el daño cerebral y sus secuelas que padece el menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano»*. [Folio 13]

IV. CONSIDERACIONES

Los cuatro cargos denunciaron errores del Tribunal por no valorar las pruebas *‘en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica’*, para lo cual el casacionista optó por explicar tales

equivocaciones en cargos separados aunque corresponden a la misma causal de casación, lo que torna conveniente su examen conjunto.

1. Nuestro sistema procesal civil se enmarca en la tradición racionalista continental-europea, según la cual la averiguación de la verdad como presupuesto de la justicia material es el principal objetivo institucional del proceso. Verdad y justicia deben ir siempre de la mano, pues tan absurda e inútil es la justicia sin verdad, como ésta sin aquélla. La pretensión de racionalidad de la decisión judicial a través del descubrimiento de la verdad y la materialización de la justicia está incorporada en el principio constitucional de la prevalencia de la ley sustancial sobre los ritos (art. 228 C.P.). El aludido principio fue consagrado en el estatuto adjetivo, al expresar que *«el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial»* (art. 4º C.P.C.; art. 11 C.G.P.).

La función del proceso judicial como mecanismo para el descubrimiento de la verdad de los hechos que interesan al proceso no es un simple desco o una postura doctrinal, *«sino que es parte de las exigencias normativas impuestas al debido proceso por el derecho a la defensa y, más en particular, por el denominado **derecho a la prueba**»*.¹

Aunque el proceso judicial tiene innegables implicaciones sociales, políticas, económicas, etc., su función intrínseca es la materialización del derecho en la sentencia a través del establecimiento de la verdad de los hechos en que se basa el litigio, mas no la mera legitimación de la decisión mediante el cumplimiento de los ritos (art. 228 C.P.; 4º C.P.C.; 11 C.G.P.). No es posible, por tanto, seguir concibiendo el proceso como un instrumento de culto al conceptualismo jurídico, para el cual el derecho se cumple y agota en la validez formal de los procedimientos. La justicia material no es una construcción ideal o abstracta en la que el mundo de la vida se tiene que “subsumir” o “hacer entrar a la fuerza” so pena de no ser reconocido.

Lo anterior no quiere decir que los procedimientos judiciales sean prescindibles para la consecución de la verdad que interesa al proceso, pues los ritos son mucho más que puro formulismo,

¹ Jordi FERRER BELTRÁN. La valoración racional de la prueba. Marcial Pons, 2007. p. 25.

en la medida que el legislador ha incorporado en ellos las medidas necesarias para lograr la finalidad del proceso; de ahí que sean normas de orden público y de obligatorio cumplimiento. (Art. 6 C.P.C.; art. 13 C.G.P.)

Es cierto que el legislador también ha atribuido al proceso judicial finalidades distintas a la consecución de la verdad, como por ejemplo el logro de la eficiencia mediante el ahorro de tiempo y de recursos. Sin embargo, no puede olvidarse que la disminución de costos y la resolución oportuna de las controversias incide en la aceptabilidad y legitimación de la función judicial entre los usuarios del servicio de administración de justicia, que redundan en el logro de la pacificación social; pero no son un presupuesto de la calidad de las decisiones en función de su contenido de verdad y de justicia material.

Si bien se ha dicho que la justicia lenta es injusticia (como servicio público deficiente y no en su acepción material); también es cierto que las decisiones que sacrifican su contenido de verdad por rendir homenaje al eficientismo instrumental son materialmente injustas, pues el temor de los jueces a incurrir en sanciones disciplinarias por exceder el término legal para dictar sentencia puede traducirse en una prevalencia de la cantidad y la inmediatez frente a la calidad de los fallos; atribuyéndole al proceso consecuencias extrajurídicas que no son inherentes a su función institucional de solucionar las controversias en derecho.

Nuestro proceso judicial, en suma, no está concebido para resolver los litigios de cualquier forma y a como dé lugar, con el único propósito de cumplir términos o lograr la aceptación social mediante el proferimiento masivo de decisiones rápidas; sino que está encaminado, principalmente, a la consecución de sentencias imparciales y justas a través del descubrimiento de la verdad de los hechos en que se basa el conflicto jurídico.

El criterio de valoración racional de las pruebas impone a los jueces la obligación de motivar razonadamente su decisión sobre los hechos. Así lo estableció el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *«la motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones (...)»*. Lo anterior fue reiterado por el artículo 280 del Código General del Proceso, en los siguientes términos: *«La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las*

pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones (...).

La motivación razonada de la decisión significa que las sentencias deben estar constituidas por un razonamiento lógico cuya conclusión sea el resultado de la demostración de los supuestos de hecho previstos en la norma sustancial que contiene las consecuencias jurídicas que se reclaman en las pretensiones de la demanda. De ahí que las normas procesales en materia probatoria están concebidas para la finalidad de la averiguación de la verdad en el proceso; y, aunque tales reglas no garantizan estados de "certeza" ni "verdades absolutas" -porque no las hay, ni dentro ni fuera del proceso-, sí ofrecen la posibilidad de corregir la decisión sobre los hechos con relevancia jurídica a partir de su correspondencia con la base fáctica del litigio.

Por esa misma razón, el artículo 187 impone al juez la obligación de sustentar razonadamente sus conclusiones sobre los hechos: *«Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de la solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba»*. Este mandato fue integralmente reiterado por el artículo 176 del Código General de Proceso.

Bajo el sistema de la sana crítica, no es la mera autoridad del órgano judicial lo que otorga validez a la sentencia, porque el acierto de ésta no deriva de su legitimidad formal sino de la debida aplicación de la norma sustancial que rige el caso y de la correspondencia de sus enunciados fácticos con los hechos probados en el proceso (*veritas non auctoritas facit iudicium*); es decir que la autoridad del juez tiene que estar acompañada por la efectividad que la decisión alcanza cuando se adecua a la demostración de la verdad de la *causa petendi*, y esa racionalidad es controlable mediante los recursos a los que está sometida la providencia.

Tal es la función específica que cumple la vía indirecta de la causal primera de casación, al ser la herramienta que permite la corrección de las conclusiones probatorias equivocadas en que se haya fundamentado la sentencia de segunda instancia, para cuyo propósito el impugnante deberá satisfacer una carga argumentativa que será más o menos exigente, dependiendo de si

la valoración de las pruebas por parte del sentenciador ha cumplido en mayor o menor medida con los criterios de racionalidad que la ley le ordena seguir.

Las incoherencias en los argumentos probatorios; su falta de correspondencia con los hechos; sus errores inferenciales; su inconsistencia con el marco valorativo metajurídico presente en el lenguaje expresado en la sentencia; la ausencia de confirmación del significado o contenido de las pruebas a partir de los conceptos de la disciplina jurídica, de la ciencia no jurídica, o de las reglas de la experiencia que se derivan del conocimiento del hombre común; y la improbabilidad de las hipótesis probatorias a la luz del análisis contextual de la información contenida en el conjunto de los medios de prueba, constituyen la materia de la argumentación del recurso que se cimienta en errores sobre la conformación de las premisas fácticas.

La carga argumentativa del recurso que denuncia errores probatorios consiste, entonces, en la demostración de la hipótesis fáctica más plausible a partir de la teoría de la probabilidad prevalente;² es decir que frente a la imposibilidad material de deducir certezas -por un lado-, y la inadmisibilidad de decisiones inmotivadas o sustentadas en la mera fuerza de la autoridad -por el otro-, han de preferirse las hipótesis que alcanzan un mayor grado de confirmación, plausibilidad, coherencia y consistencia a la luz del análisis contextual de los hechos probados en el proceso.

2. Ahora bien, el juez toma sus decisiones en materia probatoria en varios momentos procesales, que se pueden clasificar en los siguientes: i) cuando conforma el conjunto de medios o elementos que recogen la prueba desde su fuente y la llevan al proceso; ii) cuando valora la prueba individualmente y en conjunto, es decir que interpreta la información contenida en los medios de prueba; y, iii) cuando elabora el enunciado o premisa fáctica que ha de corresponder a los hechos que se invocan como sustento de las pretensiones, o sea cuando el juzgador expone sus conclusiones sobre los hechos a partir de la confirmación de sus hipótesis probadas.

El primer momento dice relación a la valoración de los requisitos formales o legales de la prueba. Estos requisitos son

² No se trata de una probabilidad estadística o cuantitativa de tipo bayesiano porque ésta sólo informa sobre las frecuencias relativas en que ocurre un evento en una sucesión dada, sino de una probabilidad lógica o razonamiento abductivo que permite elaborar hipótesis. En: Jordi FERRER BELTRÁN. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 98, 120. || Michele TARUFFO. *Teoría de la prueba*. Lima: Ara Editores, 2012. pp. 33, 133, 276.

extrínsecos cuando corresponden al cumplimiento de las normas jurídicas que regulan la licitud del medio de prueba, las oportunidades procesales y las demás ritualidades que deben cumplir las partes para su petición, ordenación, aducción y práctica (legalidad). A su vez, los requisitos intrínsecos atañen a la correspondencia que debe haber entre la información aportada por el medio de prueba y los hechos que constituyen el *thema probandum*. Estos requisitos son la conducencia, la pertinencia notoria y la utilidad manifiesta. (Art. 178 del C.P.C. y 168 del C.G.P.)

Los requisitos legales que deben cumplir los medios de prueba –tanto extrínsecos (decreto, incorporación y práctica) como intrínsecos (conducencia, pertinencia notoria y utilidad manifiesta)– sirven al juez para elaborar el juicio formal de admisibilidad y relevancia de la prueba, y su quebranto genera lo que la ley denomina *“error de derecho por violación de una norma probatoria”* (art. 368-1).

Las pautas formales para elaborar el juicio de admisibilidad y relevancia de la prueba están dadas de antemano por la ley, de manera que el juez debe verificar el cumplimiento estricto de tales requisitos, so pena de violar el debido proceso de las partes. En este punto no le es dable al juzgador entrar a discutir el mandato legal con la excusa de aplicar su ‘sana crítica’, pues –se reitera– las exigencias formales que deben cumplir los medios de prueba son establecidas por la ley y el sentenciador debe limitarse a obedecer estrictamente tales mandatos.

Por otra parte, la valoración individual y en conjunto del contenido de las pruebas, y la elaboración de las conclusiones sobre los hechos probados corresponden –en sentido estricto– a la fase de apreciación material de las pruebas (art. 187 C.P.C.), es decir al desentrañamiento, develación o interpretación de su significado; o, lo que es lo mismo, a lo que la prueba dice respecto de su objeto, o a su correspondencia con los hechos, que es lo que determina la *calidad de la prueba* y el contenido de verdad de la decisión judicial.

Este es, finalmente, el momento en que la ley impone al juzgador la obligación de valorar razonadamente las pruebas *“de acuerdo con las reglas de la sana crítica”*.

La valoración de las pruebas, en suma, se da en dos momentos procesales, a saber:

i) al hacer el juez el juicio de admisibilidad de los medios de prueba mediante la verificación de los requisitos extrínsecos de licitud y legalidad (decreto, incorporación y práctica), y el juicio de relevancia a través de la comprobación de los requisitos intrínsecos (conducencia, pertinencia notoria y utilidad manifiesta); en cuyo caso las pautas de valoración formal están dadas de antemano por la ley y el sentenciador se limita a su aplicación, pues si llegare a separarse del mandato legal incurriría en violación del debido proceso.

ii) al apreciar la prueba en su materialidad, mediante la asignación del valor que cada una de ellas posee según su contenido de verdad, y al estimarlas en conjunto y contexto según las reglas de la *'sana crítica'*. En este caso la valoración no está dada de manera *a priori* por la ley, sino que se determina a partir de la justificación (externa e interna) o motivación razonada que el juez hace de las decisiones que toma sobre los hechos con base en su recto raciocinio, experiencia, habilidades perceptivas e interpretativas, y preconcepciones hermenéuticas que le permiten contar con un trasfondo de referencia o contexto que imprime sentido a los datos arrojados por los medios de prueba.

3. El término "sana crítica" fue introducido a la teoría probatoria luego de su consagración en la legislación española de mediados del siglo XIX (artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855) para referirse "*al recto juicio de los jueces y tribunales en la apreciación de la prueba testifical*."³ El concepto fue adoptado por el Código Judicial colombiano bajo las expresiones "*principios generales de la sana crítica*" y "*reglas de la sana crítica*" (Ley 105 de 1931, artículos 702 y 723) para referirse a la fuerza probatoria de los testimonios y el dictamen pericial, respectivamente.

Hoy en día la sana crítica constituye el parámetro de valoración racional de todas las pruebas (arts. 187 C.P.C. y 176 C.G.P.) y alude a las reglas de la lógica (formal y no formal); las máximas de la experiencia; las leyes, teorías y conceptos científicos afianzados; y los procedimientos, protocolos guías y reglas admitidos por los distintos ámbitos profesionales o técnicos, a las que está sujeta la actividad probatoria de los jueces y sus respectivas conclusiones sobre los hechos que interesan al proceso.

³ José de VICENTE Y CARAVANTES. *Tratado Histórico, Crítico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, según la Nueva Ley de Enjuiciamiento*. Madrid: 1858, t. IV, p. 136.

La demostración lógica requiere *axiomas y reglas de inferencia*. Los axiomas son proposiciones básicas tan obvias que pueden afirmarse sin demostración. Las reglas de inferencia son los principios lógicos que justifican la obtención de verdades a partir de otras verdades. Entre las reglas de inferencia más comunes está el principio de identidad, que asegura que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra. De éste deriva el principio de no contradicción, según el cual una cosa no puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo y en el mismo sentido, como cuando un testigo declara haber visto a una persona en un lugar y tiempo determinados, entonces del mismo testimonio no se puede inferir que esta persona se encontraba en otro lugar al mismo tiempo. El principio de tercero excluido afirma que entre dos enunciados contradictorios uno de ellos tiene que ser verdadero, necesariamente; como cuando un experto afirma que un procedimiento médico siguió la *lex artis* y otro sostiene que la trasgredió, entre cuyas opciones una tiene que ser valorada como verdadera y la otra falsa. La otra gran regla de inferencia involucra la relación lógica de implicación (si...entonces), y está sustentada en el principio de razón suficiente, que indica que toda afirmación referida a la ocurrencia de un hecho tiene que estar sustentada en una hipótesis que la explique de manera consistente.

Estas son algunas de las reglas de la lógica que se estiman necesarias para elaborar argumentos probatorios de tipo deductivo, inductivo, o abductivo (hipótesis).

Las "máximas de la experiencia" son postulados obtenidos de la regularidad de los acontecimientos cotidianos, es decir que se inducen a partir de lo que generalmente ocurre en un contexto social específico.

El conocimiento científico afianzado, por su parte, son las teorías, hipótesis o explicaciones formuladas por la comunidad científica o ilustrada, respaldadas por la evidencia de sus investigaciones o experimentos. Generalmente se encuentran publicadas en textos académicos, revistas indexadas, artículos especializados, memorias de conferencias o simposios, etc.

También conforman las reglas de la sana crítica los conocimientos de humanistas, eruditos, expertos o técnicos (aunque no sean titulados) de reconocida solvencia artística, cultural, intelectual o práctica.

Las reglas de la experiencia son cambiantes porque el comportamiento humano también lo es. De igual modo, el conocimiento científico avanza sin ser infalible ni estático. Por

ello, estos criterios son mutables y circunscriben las decisiones judiciales que en ellos se sustentan al ámbito de la probabilidad, es decir que no otorgan plena seguridad o certeza, pero sí ofrecen razones objetivas para la elaboración de hipótesis altamente plausibles.

La sana crítica no es ni puede ser medio de prueba, pues su función radica en servir de marco de referencia (hermenéutico) para la valoración razonada de las pruebas, es decir que contribuye a la conformación del contexto de significado que permite al juez interpretar la información contenida en los medios de prueba legal y oportunamente allegados al proceso. Por ello no se producen, practican, valoran o controvierten como se hace con los medios de prueba; aunque las partes tienen la posibilidad de aportar todos los elementos de prueba legalmente admisibles para aclararlas, explicarlas, ampliarlas o limitar su aplicación.

Al respecto, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha explicado:

*«Es menester aclarar que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que, como en el caso sub lite, se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo».*⁴

Cabe recalcar que el conocimiento científico afianzado, como parte de las reglas de la sana crítica, tiene la misma implicación que consultar una enciclopedia, un libro de texto especializado, o un diccionario con el fin de desentrañar el significado de los conceptos generales que permiten comprender y valorar la

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014. Exp. 28804, M.P. Stella Conito Díaz del Castillo. Actor: Amparo de Jesús Ramírez Suárez. Demandado: Hospital San Vicente de Paul de Loricá y otro.

información suministrada por los medios de prueba. De hecho, si la técnica probatoria permite y exige valorar las pruebas de acuerdo con las máximas de la experiencia común, con mucha más razón es posible analizar las probanzas según los dictados del conocimiento científico afianzado, sin el cual muchas veces no será posible saber si el órgano de prueba brinda o no una información que corresponde a la realidad.

La apreciación individual y conjunta de las pruebas según las reglas de la sana crítica no es un concepto vacío, ni una válvula de escape de la que el juez puede echar mano para dar la apariencia de racionalidad y juridicidad a sus intuiciones, tabúes, posturas ideológicas, emociones, prejuicios culturales, políticos, sociales o religiosos, o a sus sesgos cognitivos o de “sentido común”. Es, por el contrario, un método de valoración de las pruebas que impone a los jueces reglas claras y concretas para elaborar sus hipótesis sobre los hechos a partir del uso de razonamientos lógicos, analógicos, tópicos, probabilísticos y de cánones interpretativos adecuados, que constituyen el presupuesto efectivo de la decisión.

La valoración del significado individual de la prueba es un proceso hermenéutico, pues consiste en interpretar la información suministrada por el medio de prueba a la luz del contexto dado por las reglas de la experiencia, las teorías e hipótesis científicas y los postulados de la técnica. Para realizar tal labor, el juez debe contrastar la consistencia del contenido de la prueba, es decir su adecuación o correspondencia con la realidad, mediante el análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, a partir de las cuales infiere la coherencia del relato, es decir su ausencia de contradicciones y su mérito objetivo.

La apreciación racional de la prueba en su singularidad se establece a partir de su consistencia y coherencia: una prueba es valiosa si la información que suministra explica la realidad a la que se refiere y no contiene contradicciones.

La suficiencia o plenitud de la prueba es siempre relativa al *thema probandum*, por un lado, y al contexto de referencia, por el otro, pues no existe una prueba completa en sí misma (a menos que la ley lo disponga expresamente), sino unos medios que proveen el conocimiento con la aptitud o eficacia para explicar las

circunstancias en que se basa la controversia, a la luz de un análisis contextual de la realidad social, profesional o técnica en que se dan los hechos que se investigan.

Una vez asignado el mérito individual a cada prueba, se procede a su análisis conjunto mediante el contraste de la información suministrada por cada una de ellas, de suerte que sirvan de base para la construcción de hipótesis con gran probabilidad, es decir sin contradicciones, con alto poder explicativo y concordantes con el contexto experiencial. Finalmente, todas las hipótesis probatorias comparcen ante el tribunal de la experiencia, tanto de las circunstancias por ellas referidas como del marco de significado que las hace objetivamente consistentes y valiosas, de manera que encajen fácilmente como si se tratase de piezas de un rompecabezas, quedando por fuera todas aquellas hipótesis explicativas que no concuerdan con los enunciados probados por ser inconsistentes, incompletas o incoherentes (método de falsación).

La valoración racional de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en suma, trasciende las reglas estrictamente procesales porque la obligación legal de motivar razonadamente las decisiones no se satisface con el simple cumplimiento de las formalidades, sino que los instrumentos legales son un medio para alcanzar la verdad de los hechos que interesan al proceso, y esta función sólo se materializa mediante procesos lógicos, epistemológicos, semánticos y hermenéuticos que no están ni pueden estar completamente reglados por ser extrajurídicos y pertenecer a *«un plano bien distinto al del tecnicismo dogmático tan querido por los exégetas de las reglas procesales ordinarias»*.⁵

Estos criterios objetivos garantizan el cumplimiento de la obligación que tiene el juez de motivar las sentencias como garantía del derecho constitucional a la prueba que asiste a las partes.

Los patrones formales para establecer el valor material de las hipótesis probatorias generalmente son implementados de manera natural por los jueces, quienes no necesitan tener profundos conocimientos teóricos de tales asuntos para elaborar razonadamente sus inferencias sobre los hechos, pues su ingenio,

⁵ Michele TARUFFO, *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta, 2011. p. 20.

preparación jurídica y experiencia les bastan para darse cuenta de si una conclusión de esa naturaleza es concluyente o, por el contrario, poco probable o contraevidente. Por ello se ha dicho de esa construcción racional (abducción) que *“el jurista versado la completa, sin excepción, tan rápido y tan alejado de toda reflexión que no le resulta consciente”*.⁶

No obstante, la valoración probatoria por parte del juez puede producir mejores resultados, evitando caer en errores, si su entrenamiento práctico se guía por el conocimiento formal de los asuntos teóricos, teniendo en cuenta que la decisión judicial es, finalmente, la aplicación práctica de los conceptos jurídicos. El correcto entendimiento del significado de “las reglas de la sana crítica” es, entonces, la pauta objetiva que permite detectar los errores en que incurren los jueces cuando aprecian los hechos a la luz de sus sesgos cognitivos, tabúes psicológicos o prejuicios sociales, y no a partir de la racionalidad que impone la ley para establecer la correspondencia que debe haber entre sus enunciados fácticos y la realidad que dio origen al litigio.

4. La aplicación de los anteriores postulados a la valoración probatoria realizada por el Tribunal –tanto en la individualidad de los medios de conocimiento como en su conjunto–, impone dar la razón al recurrente, pues existen criterios objetivos para concluir que los enunciados fácticos a los que arribó el juez *ad quem* no se sustentaron en las reglas de la sana crítica, es decir que su sentencia estuvo desprovista de una motivación razonada sobre los hechos en que se fundamentó la decisión, lo que comporta necesariamente su casación por infracción indirecta de la ley sustancial.

En efecto, respecto a la ‘actividad uterina irregular’ que presentó la señora Luz Mery Zambrano el 19 de junio de 2007 en las horas de la mañana, el Tribunal consideró que no era por sí mismo un signo de alarma a tener en cuenta, toda vez que la paciente no evidenció otros factores de riesgo asociados que llevaran al médico tratante a considerar la necesidad de someterla a una observación rigurosa.

⁶ Arthur KAUFMANN. Filosofía del derecho. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1989. Pág. 159

Según el sentenciador *ad quem* «no se probó que para ese momento y con miras a evitar riesgos a la salud o a la vida de la madre o de la persona por nacer, era forzosa la práctica del "tacto vaginal", o la hospitalización de la paciente y la consiguiente iniciación del trabajo de parto (natural o por cesárea). Prima facie, este tipo de decisiones es del resorte del médico que atiende esa etapa crucial del embarazo, cuyo comportamiento no podrá censurar el juez, sino únicamente en el evento en que rija con las pautas propias de la *lex artis*, lo cual impondría que –puesto en una situación fáctica similar– un obstetra cuidadoso no hubiera optado por solución distinta a la sugerida por los demandantes (orientada a la precipitación del "alumbramiento").» [Folio 59, c. Trib.]

Para adoptar esa conclusión, al juzgador le bastó la opinión de uno de los "testigos técnicos" para establecer que su dicho constituía todo lo que hay que saber acerca de *lex artis ad hoc*, desconociendo que sus afirmaciones contradecían la evidencia científica, la información contenida en la historia clínica y el concepto sólido y bien fundamentado del otro médico especialista que acudió al proceso a exponer su criterio.

Es preciso aclarar, en primer lugar, que los expertos que acuden al proceso a exponer su criterio científico o técnico sobre aspectos generales de un área del saber no son testigos, contrario a lo que erróneamente creyó el Tribunal.

En nuestro proceso civil, un testigo es un tercero ajeno a la controversia, quien declara sobre algo que ha percibido directamente por cualquiera de sus órganos de los sentidos. El testigo da fe sobre las circunstancias de tiempo, modo, lugar, persona, objeto o causa que le constan porque las presenció; de ahí que cumple la función trascendental e irremplazable de llevar al proceso información sobre la ocurrencia de los hechos que interesan al litigio.

El testigo técnico en nuestro ordenamiento procesal es aquella persona que, además de haber presenciado los hechos, posee especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre ellos (art. 227 C.P.C., inc. 3º; y art. 220 inc. 3º C.G.P.), cuyos conceptos y juicios de valor limitados al área de su saber aportan al proceso información calificada y valiosa sobre la ocurrencia de los hechos concretos que se debaten.

Los conceptos de los expertos y especialistas no pueden equipararse a los testimonios técnicos, pues cumplen una función

probatoria completamente distinta a la de éstos, en la medida que no declaran sobre los hechos que percibieron o sobre las situaciones fácticas particulares respecto de las que no hubo consenso en la fijación del litigio, sino que exponen su criterio general y abstracto acerca de temas científicos, técnicos o artísticos que interesan al proceso; aclaran el marco de sentido experiencial en el que se inscriben los hechos particulares; y elaboran hipótesis o juicios de valor dentro de los límites de su saber teórico o práctico. Dado que el objeto de este medio de prueba no es describir las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos sobre los que versa la controversia, no tiene ningún sentido tomar juramento a los expertos sobre la verdad de su dicho, pues –se reitera– éstos no declaran sobre la ocurrencia de los hechos en que se fundan las pretensiones sino que rinden criterios o juicios de valor.

Tampoco es posible asimilarlos al dictamen pericial, porque aunque tienen una finalidad parecida, se alejan sustancialmente de la función que cumple este otro medio de prueba, y no se rigen por sus rigurosas y restrictivas normas sobre aducción, decreto, práctica y contradicción.

Los conceptos o criterios de los expertos y especialistas son medios de prueba no regulados expresamente en el estatuto adjetivo, pero perfectamente admisibles y relevantes en virtud del principio de libertad probatoria que rige en nuestro ordenamiento procesal (art. 175 C.P.C.; y art. 165 C.G.P.), en la medida que son útiles para llevar al juez conocimiento objetivo y verificable sobre las circunstancias generales que permiten apreciar los hechos; no se oponen a la naturaleza del proceso; no están prohibidos por la Constitución o la ley; y el hecho alegado no requiere demostración por un medio de prueba legalmente idóneo o especialmente conducente.

Al igual que los demás medios de prueba, los conceptos de los expertos o especialistas deben ser apreciados singularmente y en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, lo que requiere tener en cuenta el método de valoración descrito líneas arriba, pues de lo contrario el sentenciador no habrá estimado razonadamente el acervo probatorio sino que estaría resolviendo la controversia según su íntima convicción, opinión o creencia, tal como hizo el Tribunal en este caso.

Entre dos conceptos opuestos entre sí –uno que permite deducir la culpa de la demandada y otro que no–, el *ad quem* se inclinó por el segundo, afirmando que sus conclusiones fueron expuestas con coherencia y amplitud [folio 61, cuaderno Tribunal], cuando en realidad esa prueba careció de tales calidades.

En su declaración, el médico Andrés Augusto Callamand Borrero afirmó que tenía una relación de dependencia laboral con la demandada desde el 20 de septiembre de 2006, ocupando el cargo de Coordinador de Ginecología de la Clínica Colombia [folio 986, c. 1]. Es decir que tanto en la fecha en que ocurrieron los hechos en que se sustentó la demanda como al momento de rendir su concepto en audiencia (agosto de 2012), fungía como agente responsable de la unidad organizativa a la que los actores atribuyen la negligencia médica; tanto así que aseguró haber sido citado a una conciliación previa por los hechos que dieron origen a esta controversia. [Folio 986]

Si bien es cierto que la ley procesal no establece una presunción de sospecha contra el declarante (en este caso especialista que rindió su concepto) por el mero hecho de su parentesco, dependencia, sentimientos o interés con relación a las partes o sus apoderados, o por sus antecedentes personales u otras causas; tales circunstancias sí pueden afectar la credibilidad o imparcialidad del deponente, por lo que deben ser tomadas en cuenta con el fin de valorar la consistencia de la información contenida en el medio de prueba, a partir de su correspondencia con las demás pruebas y con el contexto.

Luego, ante dos conceptos de expertos, uno sin ningún tipo de relación con las partes y otro con un vínculo laboral de más de seis años (que pudo haber sido un agente desencadenante del daño dentro de la organización demandada), el Tribunal debió ser más cuidadoso al momento de otorgar toda la credibilidad al segundo, sobre todo cuando la experiencia muestra que la declaración de una persona que puede comprometer la responsabilidad patrimonial de su empleador no es igual de espontánea y exacta que la que se obtiene de un tercero completamente ajeno a los intereses de las partes. Este indicador, aunque no es *per se* demeritorio, como ya se explicó, debió llamar la atención del sentenciador para corroborar la consistencia y coherencia de la información aportada.

En opinión del juez de segunda instancia, la precisión y contundencia de lo expuesto por el doctor Callamand Borrero le generó mayor "convicción" que la brindada por el doctor Aldana Valdés, por lo que prevaleció el criterio del primero, *«no sólo porque sustentó en forma más detallada sus apreciaciones, sino dada su especialidad (ginecólogo, con dedicación al área de la obstetricia), y además, por cuanto a diferencia del primero, dio su versión con vista a la respectiva historia clínica»*. [Folios 59 y 60, c. Tribunal]

La anterior apreciación habría sido una conclusión razonada si se hubiera soportado en premisas verdaderas. Sin embargo, lo cierto es que no es más que un simple parecer subjetivo –como lo indicó el casacionista–, pues no es cierto que la declaración fue precisa y contundente, como más adelante se demostrará; ni sus apreciaciones fueron más detalladas; ni su especialidad le otorga mayor autoridad o credibilidad; ni fue el único que aludió a la información contenida en la historia clínica.

El Tribunal afirmó que la especialidad del doctor Aldana Valdés *«era un tanto ajena a los precisos temas sobre los cuales ahora se discurre»*, pues ante la pregunta de si la paciente debió ser sometida a un procedimiento urgente antes del parto el médico admitió que no podía responder tal cuestionamiento porque es un asunto de obstetricia y no de su especialidad como neonatólogo y neurólogo. [Folio 339]

El anterior argumento del *ad quem* fue errado porque tomó en cuenta la última pregunta que hizo al especialista, alusiva a un tema de obstetricia, para demeritar todas las demás explicaciones que no se refirieron al momento del parto sino a las posibles causas de las secuelas neurológicas que sufrió el menor, las cuales fueron coherentes, completas y consistentes, y se refirieron a asuntos de la órbita del neuroneonatólogo. El juez de segundo grado olvidó que el *«el tema sobre el cual discurría»* era el de las implicaciones de la actividad uterina irregular como factor de riesgo desencadenante del daño neurológico padecido por el neonato, para lo cual el concepto del neuroneonatólogo resultaba de vital importancia.

No es cierto que la especialidad del doctor Francisco José Aldana Valdés como neurólogo neonatólogo y pediatra sea una razón para no valorar sus explicaciones respecto de las causas del daño cerebral sufrido por el menor Juan Sebastián Sanabria, por el simple hecho de que se abstuvo de responder una pregunta de

obstetricia. La conclusión del Tribunal a tal respecto se muestra, entonces, inatínente (*non sequitur*).

Por el contrario, la reconocida experiencia clínica del neurólogo neonatólogo y pediatra en la atención de niños entre 0 y 3 años en el hospital Lorencita Villegas de Santos y en la Clínica de la Universidad de La Sabana, entre otras instituciones; su amplia trayectoria docente en varias universidades nacionales; las máximas distinciones que ha recibido a nivel mundial por su excelencia profesional; sumado a su dedicación al diagnóstico e intervención neurológica temprana con el fin de evitar secuelas motoras y cognitivas, eran razones más que suficientes para que los jueces de las instancias tomaran en consideración su autorizado y afianzado criterio científico frente a los síntomas que presentó la señora Luz Mery Zambrano días antes del parto como posibles causas del daño neurológico ocasionado a su menor hijo.

Tampoco fue acertado el argumento del Tribunal según el cual primaba el concepto del doctor Andrés Callamand Borrero por *"dar su versión con vista a la historia clínica"*, pues si se revisa la declaración del doctor Francisco Aldana Valdés, varias de sus respuestas contestaron preguntas que se le formularon con base en los datos consignados en la historia clínica [folios 337 a 339]. En todo caso, se reitera que la principal función probatoria de los criterios de los expertos es ofrecer explicaciones generales sobre el estado de su ciencia o arte; emitir juicios de valor acerca de los temas sometidos a su consideración; y elaborar hipótesis sobre las posibles causas de los hechos que se debaten, para lo cual no es estrictamente necesario que se refieran a los hechos probados en el proceso, pues normalmente no son éstos el objeto de sus apreciaciones, como sí lo son, por ejemplo, para el dictamen pericial que es un medio de prueba más expedito para conceptuar sobre circunstancias específicas.

Mucho menos puede afirmarse que las conclusiones del doctor Andrés Callamand Borrero fueron más detalladas, amplias y coherentes que las del doctor Francisco Aldana Valdés, como enseguida pasa a explicarse.

Frente a la pregunta sobre el significado médico de la expresión "actividad uterina irregular" en una embarazada de 39 semanas, es decir en etapa de parto, el doctor Callamand Borrero respondió: *"actividad uterina irregular significa que no existe*

actividad regular que se interpreta como la presencia de 3 contracciones en 10 minutos y que haya tenido una continuidad de por lo menos 2 horas, esto es lo que se denomina 'verdadero trabajo de parto'. [f. 987]

Es decir que el Coordinador de Ginecología de la Clínica Colombia (que forma parte del grupo empresarial Organización Sanitas al que pertenece la entidad demandada) limitó el concepto de "actividad uterina irregular" a lo que se denomina "trabajo de parto falso" o "falsa labor", sin entrar en mayores detalles sobre lo que podían estar indicando las contracciones anormales percibidas por la paciente.

En contra del anterior criterio, el doctor Francisco Aldana Valdés fue enfático en afirmar que la actividad uterina irregular demostraba *«un signo ya de sufrimiento fetal o intrauterino»* que podía deberse a *«varias causas, como infecciones, aumento de la tensión arterial de la madre y la hipoxia que es la disminución de oxígeno del niño»*. [Folio 338]

Este último concepto es mucho más consistente de conformidad con la Técnica para la Atención del Parto del Ministerio de Salud y los conocimientos científicos afianzados descritos por la literatura médica, según los cuales si bien es cierto que en muchos casos la actividad uterina irregular en la fase de preparto es un síntoma común, ello no es motivo para descuidar a la paciente y, por el contrario, se la debe someter a un análisis sistemático que permita identificar situaciones indicadoras de sufrimiento fetal: *«El factor principal desencadenante de sufrimiento fetal agudo intraparto son las contracciones uterinas, las cuales comprimiendo los vasos maternos reducen el flujo de sangre a través del espacio intervelloso»*.⁷

En un sentido similar, el Ministerio de Salud aclara: *«Las actividades realizadas en la fase de admisión deben permitir definir si la gestante se encuentra en verdadero trabajo de parto o si por el contrario, se halla aún en el preparto. Si la conclusión es que no se encuentra en trabajo de parto, es preciso evaluar las condiciones de accesibilidad de las mujeres al servicio y en consecuencia indicar deambulación y un nuevo examen, según criterio médico, en un periodo no superior a dos horas. En caso contrario se debe hospitalizar»*.⁸

⁷ Rodrigo CIFUENTES. *Obstetricia de alto riesgo. Sufrimiento fetal agudo*. 6ª ed. Bogotá: 2006, p. 677.

⁸ Norma Técnica para la atención del parto. Resolución 412 de 2000.

La valoración razonada de los criterios de los expertos, por tanto, requería que el Tribunal analizara el fundamento de sendos conceptos y su correspondencia con el estado de la ciencia a partir de la evidencia, pues al no hacerlo dejó de apreciarlos de acuerdo con la sana crítica y simplemente se guió por la creencia ciega e irreflexiva en el dicho de uno de los especialistas.

A juicio del Tribunal, la falta de prueba de los factores de riesgo descritos por el doctor Callamand Borrero condujo a concluir que no era forzosa «*la práctica de un tacto vaginal, la hospitalización de la paciente y la consiguiente iniciación del trabajo de parto (natural o por cesárea)*», siendo este tipo de decisiones del resorte del médico que atiende esta etapa del embarazo, cuyo comportamiento no puede censurar el juez sino en el evento que riña con las pautas de la *lex artis*. [Folio 59, c. Tribunal]

Sin embargo, el reproche del casacionista consistió, precisamente, en que el comportamiento del médico tratante sí desconoció los criterios de la *lex artis*, pues según ésta los factores de riesgo no se limitan a los descritos por el doctor Callamand Borrero, sino que coinciden con los que presentaba la paciente y se encuentran consignados en la historia clínica, a pesar de lo cual no fueron detectados por los médicos de la entidad demandada por no brindar a la usuaria la atención requerida según los estándares de la medicina.

A folio 696 aparece la historia clínica de la señora Luz Mery Zambrano Acevedo, en la que consta que el 4 de marzo de 2006, es decir 7 meses antes de quedar en embarazo, consultó al médico por “*dolor de cabeza constante*”, presentando un cuadro clínico de 2 meses de evolución caracterizado por cefalea de frecuencia diaria, tipo peso y ardor, acompañada de vértigo, síncope, fonofobia, fotofobia y vómito. El examen físico fue incompleto porque no muestra peso, talla, estado de conciencia, entre otros. Como antecedentes se registró asma bronquial; trauma con pérdida de conocimiento 12 años antes; padres y abuelos con hipertensión arterial, también diabéticos y asmáticos. La impresión diagnóstica fue de “*migraña sin aura y cefalea debida a tensión*”. No se ordenaron exámenes clínicos y se le prescribió Propranolol y Neosaldina. [Folio 698]

El 7 de octubre de 2006 la paciente consultó por neurología debido a la persistencia de las migrañas y tres episodios de

síncope. Aunque es posible que los desmayos se hayan debido al comienzo de su embarazo, no hay ningún indicador en la historia clínica que permita deducir la causa de la pérdida de conciencia o su falta de relación con los episodios de los meses anteriores, pues no se le realizó un buen examen físico ni se le enviaron análisis clínicos. Se le prescribió un Holter electrocardiográfico, sin que aparezca el motivo del mismo. [Folio 693]

El 3 de mayo de 2007, con 32 semanas de embarazo, la paciente acudió nuevamente a consulta con el neurólogo por diagnóstico de cefalea crónica tipo migraña episódica y síncope en tres ocasiones. El Holter indicó prolongación del intervalo PR de 220 milisegundos. No se hizo examen físico (peso, talla, tensión arterial, temperatura, frecuencia cardíaca, frecuencia respiratoria, estado de conciencia), ni se tomaron signos vitales. Únicamente se señaló que no había déficit sensitivo o motor. El médico consideró que el origen del síncope no era neurológico sin sustentar esa conclusión en pruebas diagnósticas que pudieran descartar la posible neurogénesis de tal padecimiento. Dispuso valoración por cardiología por PR prolongado leve como único hallazgo del Holter. [Folios 690 a 692]

El 17 de mayo de 2007, la paciente acudió a consulta con médico cardiólogo por pérdida de conocimiento con un cuadro sincopal de 8 meses de evolución. No se realizó examen físico de rigor; no hay ninguna indicación que permita inferir el resultado de la monitoria cardiológica con Holter; no se le prescribió ningún análisis clínico, radiológico o escanográfico; no se hizo ninguna alusión a su estado de embarazo. Se dijo que los signos vitales estaban normales a pesar que el Glasgow (escala que mide el estado de conciencia) registró 11, es decir por debajo de lo normal (15), indicando una alteración moderada. La impresión diagnóstica fue de "enfermedad general" y no se prescribió ningún tratamiento o medicamento. [Folio 688]

El 6 de junio de 2007 la señora Luz Mery Zambrano acudió a control prenatal con 37 semanas de embarazo. La ginecóloga documentó antecedentes de asma sin manejo y síncope en estudio, pero no dio mayores detalles ni explicaciones. Hasta este momento, con más de un año de estar padeciendo síncope recurrentes con pérdida de conocimiento, ninguno de los médicos que la atendió mostró preocupación por conocer el origen de la enfermedad; no se describieron signos ni síntomas asociados al síncope; no se preguntó por las circunstancias que lo podían

producir, con qué disminuía o se agravaba. No se hizo examen físico [folio 685]; no se exploró tacto vaginal [folio 684]; no se prescribieron ayudas diagnósticas que permitieran descubrir la posible causa de los desmayos, tales como hipoglucemia o hipotensión arterial, pues la tensión anotada (100/60 mmHg) se encuentra en el límite inferior.

El 19 de junio del mismo año, con 39 semanas de embarazo, la usuaria acudió a control prenatal a las 7:50 horas, presentando actividad uterina irregular que no fue estudiada [folio 680]; el ginecólogo indicó que todo estaba normal sin tener evidencia científica para llegar a esa conclusión, pues no hizo examen físico [folio 681]; no anotó antecedentes personales o familiares de la paciente; no señaló fecha de la última ecografía ni resultados; no hay ningún dato objetivo de la vitalidad del feto; no se registró la frecuencia cardíaca fetal; no hay datos del examen ginecológico; no se hizo tacto vaginal; no se prescribió ningún tipo de análisis clínico ni radiológico.

Al día siguiente, esto es el 20 de junio de 2007, a la 1:07, la señora Luz Mery Zambrano consultó al médico general de la EPS demandada por *"dolor en la pierna"*. Refirió *"cuadro clínico de 8 horas de evolución consistente en dolor tipo punzada en región lumbar irradiado a pierna derecha de instauración insidiosa el cual se exacerba con los movimientos"* [folio 677]. Se anotó un antecedente personal de asma en la infancia. No se hizo examen físico; se indicó con ambigüedad que la frecuencia cardíaca fetal era positiva (que el corazón latía), pero no se anotó el dato exacto de la FCF, pues el corazón del feto bien pudo latir por encima o por debajo de lo normal. No hay ninguna prescripción de análisis clínicos, ni radiológicos, ni pruebas para verificar el bienestar fetal. La impresión diagnóstica fue de *"lumbago no especificado"* y se le prescribió Diclofenaco y Winadeine [folio 678]. No se indicó el servicio por el que ingresó ni la hora de egreso.

El mismo día, a las 4:01, la embarazada reingresó con trabajo de parto acompañado de dolor periumbilical, hipoactividad fetal y vómitos [folio 675]. A pesar de la ausencia de movimientos fetales, la ginecóloga describió todo como normal (SS monitoría fetal). No hizo examen físico; no mencionó que la paciente consultó en la madrugada de ese mismo día por dolor lumbar; ni hizo una descripción detallada de los padecimientos presentados los meses anteriores. Es evidente la falta de continuidad en la atención médica brindada a la paciente y la ausencia de secuencialidad de los datos consignados en la

historia clínica, lo que hacía muy difícil obtener información sobre el estado real de la salud de la gestante.

A pesar de todos esos antecedentes, algunos de los cuales se describen como factores de riesgo en la Norma Técnica para la Atención del Parto del Ministerio de Salud, el doctor Callamand Borrero aseguró, con base en el folio 684 de la historia clínica, que los *«antecedentes anotados no refieren ninguna patología que pudiera ser deletérea para el embarazo, sus exámenes de laboratorio están completos según protocolo y no revelan ninguna complicación con lo cual puedo concluir que se trata de un riesgo bajo»*. [Folio 987]

La anterior conclusión no es completa porque se refirió únicamente a la consulta del 6 de junio de 2007, omitiendo todos los demás antecedentes reportados en la historia clínica. Tampoco es coherente porque indicó que no existían factores de riesgo, cuando más adelante en su declaración admitió que uno de los factores de riesgo era la *“disminución o ausencia de movimientos fetales”* [folio 987]. Finalmente, es preciso dejar en evidencia que la calificación de embarazo de alto o bajo riesgo debió hacerla el ginecólogo tratante en su debido momento con base en las ayudas diagnósticas y en la historia clínica; lo cual no aparece en ninguna de las consultas de control prenatal. De manera que la calificación posterior del doctor Callamand no tuvo ningún sustento en la evidencia y sólo obedeció a una opinión infundada.

Otra contradicción en la información suministrada por el médico de la entidad demandada se observa en su explicación sobre el diagnóstico, la causa probable y el tratamiento a seguir cuando una mujer embarazada de 39 semanas de gestación refiere síntomas de ausencia de movimientos fetales: *«El posible diagnóstico es la disminución de movimientos fetales que hay que establecer cuál puede ser la causa. Es frecuente que al final del embarazo pueda existir disminución de los movimientos fetales, que haya algún grado de insuficiencia placentaria probablemente por infección y que el producto pueda tener una patología neurológica de base que limite sus movimientos fetales. El tratamiento (diagnóstico y manejo) es a través de pruebas de bienestar fetal, establecer si existe algún tipo de riesgo que se pueda ver en imágenes o en exámenes que ayuden a aclarar por qué hay ausencia de movimientos fetales. En semana 39 ante esta evidencia es mejor considerar una prueba de trabajo de parto que nos ayude a establecer si hay algún grado de compromiso placentario o de oxigenación, es de aclarar que la valoración obstétrica es una valoración dinámica que implique la hospitalización, la monitorización continua, la solicitud de paraclicós e imágenes de ayuda para establecer si hay que desembrazar a la paciente ya sea por*

parto o por cesárea o si existe una condición estable que nos permita continuar con la gestación hasta que se presente una condición obstétrica de trabajo de parto. Con esto evitamos una decisión precipitada que pueda ser causa de problema de adaptación para el recién nacido. El vómito se puede explicar por la condición de dolor o peso que puedan presentar las maternas pero también puede ser sintoma de muchas patologías». [Folio 989]

Luego, si el mismo ginecólogo afirmó que la ausencia de movimientos fetales puede indicar insuficiencia placentaria por infección; patologías neurológicas del feto; compromisos de oxigenación; y el vómito puede ser sintoma de muchas enfermedades, entonces no es justificable que haya asegurado más adelante en su misma declaración que la gestante no presentó ningún factor de riesgo.

Tampoco es explicable que estimara que el riesgo era bajo y que *“la oportunidad de la atención fue adecuada y se ajustó a los protocolos de control prenatal”* [folio 989], porque de sus afirmaciones se infiere que a la paciente y a su producto había que practicarles pruebas de bienestar, imágenes o exámenes diagnósticos, paraclínicos, pruebas de trabajo de parto y monitorización continua con el fin de *“establecer si hay que desembarazar a la paciente ya sea por parto o por cesárea”*, cuando en la historia clínica hay evidencia de que tales procedimientos no se le hicieron a la gestante.

Frente a la pregunta de si hubo signos de sufrimiento fetal durante el trabajo de parto de la paciente, el ginecólogo contestó, con base en lo anotado en la historia clínica del 20 de junio de 2007 [folio 675], que a partir del análisis de las imágenes y pruebas de laboratorio no se evidenciaban factores de riesgo para la madre o el feto. Sin embargo, basta revisar el folio referido para darse cuenta que en el mismo consta la *“hipoactividad fetal”* y la ausencia de análisis de imágenes diagnósticas o pruebas de laboratorio, por lo que las aseveraciones del galeno en este respecto se muestran completamente infundadas.

Una contradicción más se hace patente en el análisis de la última respuesta ofrecida por el doctor Callamand, en la que aseguró *“con base en su experiencia y en la revisión de la literatura”*, que para la fecha del parto de la señora Luz Mery no existían exámenes de laboratorio o imágenes diagnósticas que permitieran prevenir posibles lesiones al feto, tales como síndrome de West, parálisis cerebral o retraso cognitivo [folio 990]. No obstante, en respuesta anterior aseguró que *“en el control prenatal de manera protocolaria se solicita a todas las usuarias*

embarazadas paraclínicos e imágenes diagnósticas para establecer posible riesgo obstétrico y clasificarlo como tal. En la clasificación de riesgo que se efectúa por el personal paramédico y médico se define si pudieran existir factores que alteran el normal desarrollo del feto durante el control prenatal o que la madre pudiera sufrir algún proceso patológico que interfiriera en el desarrollo del embarazo» [folio 986]. Y más adelante aseguró que para detectar las señales de alarma frente a eventuales factores de riesgo debían practicarse pruebas de bienestar fetal: «La monitoría fetal es una prueba que nos permite establecer a través de una imagen en un papel termosensible si existe regularidad en el trabajo de parto, lo cual se evidencia ya que la duración de la prueba como mínimo tarda 20 minutos. Existen pruebas que nos hablan del bienestar fetal y materno que se pueden solicitar sin que medie actividad uterina regular pero éstas se deben practicar si se tiene la sospecha clínica o paraclínica de posible factor de riesgo que pudiera generar un resultado adverso. Esta es lo que se denomina un perfil biofísico que nos habla en términos generales del bienestar fetal dado que evalúa movimientos fetales, tono fetal, movimiento respiratorio y volumen del líquido amniótico...» [Folio 988]

De manera que a partir de la declaración del galeno se infiere que si existían pruebas o exámenes que permitieran establecer el nivel de bienestar fetal con el fin de prevenir posibles complicaciones.

Contrario a la afirmación ambigua y contradictoria del doctor Callamand, el neuroneonatólogo Francisco Aldana Valdés fue enfático en afirmar que sí era posible evitar el daño ocasionado al menor Juan Sebastián: «Desde el cuidado obstétrico, es decir, desde la asistencia de controles prenatales, porque al verse la situación de la paciente toman medidas preventivas, para el sufrimiento de los dos, del niño y de la madre, y hoy no se ven estos casos porque hay muchos cuidados perinatológicos para evitar estos daños irreversibles, cuando nació el niño ya había un diagnóstico de alto compromiso neurológico, es decir que el daño había sido muy severo con las secuelas y el niño no queda bien». [Folio 339]

La opinión del doctor Callamand acerca de la imposibilidad de prevenir los daños que sufrió el menor es refutada por la Norma Técnica para la Atención Temprana de Alteraciones del Embarazo, entre cuyos objetivos está «vigilar la evolución del proceso de la gestación de tal forma que sea posible prevenir y controlar oportunamente los factores de riesgo bio-psico-sociales que inciden en el mencionado proceso».⁹

⁹ Ministerio de Salud, pág. 5.

De igual modo, la Norma Técnica para la Atención del Parto dispone los protocolos a seguir con el fin de «disminuir las tasas de morbilidad materna y perinatales»; «disminuir la frecuencia de encefalopatía hipóxica perinatal y sus secuelas»; y «reducir y controlar complicaciones del proceso de parto», es decir que los procedimientos y exámenes descritos por la *lex artis* encaminados a detectar factores de riesgo tienen como objetivo final la prevención de daños a la salud de la madre y su producto.

En el mismo sentido apunta la literatura médica especializada:

«Revisando la literatura, vemos que la cesárea es el procedimiento de elección en casos en que se diagnostica sufrimiento fetal por monitoreo electrónico».¹⁰

«En este último grupo, conocido como Embarazo de Alto Riesgo Fetal, se concentra la mayor parte de los sufrimientos fetales. Estos embarazos pueden detectarse desde etapas precoces de la gestación, mediante una encuesta en la que se asigna un puntaje a diversas condiciones patológicas maternas, antecedentes gineco-obstétricos y condiciones nutritivas y socio-económicas de la gestante. Los casos de alto riesgo seleccionados mediante este sistema, de fácil aplicación, requieren un control especial durante el embarazo y parto y preparación de las condiciones adecuadas para la atención de estos recién nacidos. (...) Cuando se determina que las condiciones de desarrollo y de sobrevivencia fetales se hacen críticas, debe indicarse la interrupción terapéutica del embarazo antes de su terminación normal. En estos casos es importante determinar en la forma más adecuada posible, el grado de madurez fetal y medir calculadamente el riesgo que está sufriendo el feto en su vida intrauterina, comparándolo con los riesgos potenciales que pueden derivarse de la prematuridad o inmadurez del recién nacido. (...) Diversas consideraciones se pueden plantear respecto a la responsabilidad que cabe al obstetra ante el sufrimiento fetal. De éste pueden derivar muertes perinatales o alteraciones neurológicas, sicomotoras o intelectuales que afectan al recién nacido durante toda su vida posterior. Debemos estar conscientes que no basta obtener niños vivos, sino que es además necesario que ellos estén en condiciones de desarrollarse normalmente».¹¹

Con relación al síndrome de aspiración meconial, Norka Cabrera Beltrán, Marcos Alcántaro Montoya y Hamilton Lama Taia, concluyen: «Esta patología, **¡preventible!**, muchas veces pasa desapercibida en nuestros hospitales, sin tomar las medidas precautelarias adecuadas para cada caso según la gravedad que presenten estos recién nacidos. Vemos que esta patología tiene un alto

¹⁰ Miren González y otros. Relación entre evaluación clínica del sufrimiento fetal agudo, tipo de parto y estado del recién nacido. Lima. Hospital Nacional Edgardo Rebagliati, p. 58

¹¹ José Espinoza. Sufrimiento fetal. Revista chilena de pediatría Vol 44 N°6, 1973. p. 523 y ss

índice de complicaciones y de morbilidad cuando no se actúa oportunamente». ¹²

«La importancia de los factores de riesgo radica en que son identificables u observables antes de la ocurrencia del daño que predicen, por tanto, se pueden intervenir con el fin de intentar disminuir la frecuencia de aparición de ese daño. Los factores de riesgo son múltiples: biológicos, sociales, culturales, económicos e institucionales, entre otros». ¹³

«En la medicina perinatal, las ayudas diagnósticas son indispensables para conocer la salud fetal y para tomar decisiones clínicas. El conteo de los movimientos fetales, el monitoreo electrónico fetal, la prueba sin estrés, la prueba con contracciones, la ecografía, el perfil biofísico, el Doppler fetal, la amniocentesis y/o la cordocentesis, y las pruebas de madurez pulmonar en el líquido amniótico son los diferentes métodos por los cuales podemos evaluar el estado de salud del feto. (...) La incorporación del monitoreo electrónico fetal a los protocolos de vigilancia fetal en los embarazos de alto riesgo se asocian con una reducción en la muerte fetal». ¹⁴

«Los fetos sometidos a situaciones de hipoxia crónica posiblemente no tengan la fortaleza para resistir el parto y un expulsivo normales, sin presentar signos graves de sufrimiento. Con cada contracción uterina, disminuye o cesa en realidad el flujo de sangre al espacio intervellosa, lo cual puede ocasionar hipoxia o anoxia del feto. Además, el estrés mecánico por compresión de la cabeza o el cordón del feto pueden agravar ese sufrimiento. La tocodinamometría externa, permite el registro continuo de la frecuencia y la duración de las contracciones. Este método no incluye unidades de medición y de este modo no refleja la intensidad ni el tono de las contracciones. Sin embargo por la forma y la altura de la onda contráctil, puede orientarse la conducción del trabajo de parto. (...) El manejo inteligente del parto depende del conocimiento que se tenga de su mecanismo, de saber diferenciar lo normal de lo anormal, para reconocer las limitaciones de su progreso. La mayoría de los autores está de acuerdo en aceptar que la mejor manera para seguir el proceso dinámico del trabajo de parto, es graficando el tiempo de la dilatación cervical y su relación con el descenso de la presentación. Sólo así, se puede determinar con seguridad el progreso del trabajo de parto. El diagnóstico de las anomalías es impreciso y erróneo hasta en la mitad de los casos, cuando no se utiliza el registro gráfico». ¹⁵

¹² Síndrome de aspiración meconial. Revista "Medicina". Vol. 11. N° 2, Guayaquil, 2005.

¹³ John Jairo Zuleta Tobón y Joaquín Guillermo Gómez Dávila. Obstetricia y ginecología, 6ª ed. Bogotá: 2001. p. 130.

¹⁴ José Enrique Sanín Blair y Ana María Cuartas Calle. Obstetricia y ginecología, 6ª ed. Bogotá: 2001. p. 135.

¹⁵ Juan Fernando Bojanini. Obstetricia y ginecología, 6ª ed. Bogotá: 2001. p. 305 y s.s.

El conocimiento científico afianzado en la materia así como las normas técnicas del Ministerio de Salud coinciden en que sí era posible detectar factores de riesgo indicativos de sufrimiento fetal, con el fin de prevenir secuelas neurológicas por asfixia del neonato en el trabajo de parto. Por ello, las conclusiones del doctor Callamand referidas a la ausencia de tales pruebas y exámenes no son en modo alguno sólidas o fundadas en la evidencia, sea por desconocimiento de la *lex artis*, o bien por su falta de espontaneidad y de imparcialidad debido a su relación de dependencia laboral con la entidad demandada o, incluso, por su calidad de agente desencadenante del daño, dado que fungía como coordinador de Ginecología de la Clínica Colombia, de propiedad de la entidad demandada.

La falta de consistencia de las explicaciones del ginecólogo; sus múltiples contradicciones; su falta de correspondencia con la historia clínica; la contrariedad de sus conclusiones frente al criterio del neuroneonatólogo; y su relación de dependencia con la entidad demandada, conllevan a colegir que la valoración que hizo el Tribunal de esta prueba estuvo completamente desprovista de la sana crítica, denotando más bien una confianza o creencia desmesurada, infundada e irreflexiva en su mera opinión.

De modo incomprensible, no le otorgó valor al concepto rendido por el doctor Francisco José Aldana Valdés, que sí fue consistente, coherente, completo y asertivo, como enseguida pasa a demostrarse.

Respecto al origen probable de la parálisis cerebral y minusvalía que sufrió el menor Juan Sebastián, el neuro-neonatólogo explicó: *«La parte fundamental es valorar el alto riesgo por parte del obstetra, cuando el valor puede determinar si hay o no sufrimiento fetal, es decir, que ya el niño está haciendo alteraciones en útero, antes de nacer, y enseguida hace la cesárea, para evitar sufrimiento por parto prolongado, la parálisis cerebral hoy enfermedad motriz cerebral, y su incapacidad sí puede tener origen intrauterinamente por una malformación, por tener un sufrimiento fetal antes de parto o por infecciones en el parto, también puede ser por procesos de anomalías genéticas y por procesos degenerativos»*. [337]

Ante la diversidad de posibles causas de la enfermedad motriz general, lo adecuado según los estándares de la medicina es la valoración del nivel de riesgo del embarazo y del bienestar del feto, con el fin de evitar un sufrimiento por parto prolongado, para lo cual se debe proceder a la inmediata realización de la operación cesárea. Nada de lo anterior se siguió en la atención que recibió la señora Luz Mery Zambrano, pues no se hizo un

análisis de sus antecedentes familiares, personales y sociales que habrían permitido establecer el grado de riesgo de su embarazo; como tampoco se tuvieron en cuenta los signos de alarma que estaba presentando desde hacia varios días, los cuales indicaban sufrimiento fetal y la necesidad de practicar la cesárea.

Así lo confirmó el doctor Aldana Valdés, quien frente a los signos de actividad uterina irregular afirmó que pudieron tener como causa una infección, aumento de la tensión arterial de la madre o disminución de oxígeno del niño. [Folio 338]

El síntoma anterior, sumado al dolor punzante en región lumbar irradiado a pierna derecha y dolor abdominal, puede indicar el inicio del trabajo de parto, *«pero con una complicación, que puede ser una infección hemorrágica en la madre que aumenta más el riesgo, esa madre debe hospitalizarse enseguida y hacer todos los estudios inmediatos para determinar qué está ocurriendo y tomar la determinación inmediata, para evitar el daño al cerebro del menor»*. [Folio 338]

Según el doctor Aldana Valdés, los síntomas que presentó la paciente el 19 y el 20 de junio de 2007 mostraban una anormalidad que hacía necesaria la hospitalización inmediata de la usuaria y la realización de los exámenes de rigor, con el fin de evitar daños al cerebro del neonato. En contra de ello, los médicos tratantes consideraron que todo estaba dentro de lo normal, llegando a esa conclusión sin tener motivos clínicos reales. Su diagnóstico fue de *“lumbago no especificado”*, prescribiéndole a la paciente Diclofenaco y Winadeine [folio 678] y dándole de alta sin exponer un criterio médico sobre la posible causa de la dolencia que la aquejaba.

Los signos mencionados, junto con la ausencia de movimientos fetales que presentó la señora Luz Mery en las horas de la tarde del 20 de junio, indicaban –según el doctor Aldana Valdés– *«mayor sufrimiento para el feto, porque está disminuyendo toda la capacidad de oxígeno en el cerebro, el dolor y vómitos es secundario, en ese momento el niño a nacer empieza a hacer signos de sufrimiento fetal agudo, consistente en perder toda la capacidad de movimiento y todo lo que hace el cerebro, la conducta final demuestra que ya hay un trabajo de parto que debe tomar la determinación el obstetra, quien señala no dejar que el proceso se agudice más, porque sufre el niño y la señora se puede morir»*. [Folio 338]

El doctor Aldana Valdés fue enfático en contestar que el daño sufrido por el menor *«se habría podido evitar tomando medidas preventivas cuando la señora consultó a control prenatal»*.

Seguidamente señaló que los síntomas que presentó la madre indicaban un daño neurológico en el menor «porque estuvo sufriendo desde la parte intrauterina». [Folio 338]

El neuroneonatólogo reiteró que los daños que sufrió el menor Juan Sebastián habrían podido evitarse con una atención eficiente, de acuerdo con los estándares de la medicina: *«Desde el cuidado obstétrico, es decir, desde la asistencia a controles prenatales, porque al verse la situación de la paciente toman las medidas preventivas para el sufrimiento de los dos, del niño y de la madre, y hoy no se ven estos casos porque hay muchos cuidados perinatológicos para evitar estos daños irreversibles, cuando nació el niño ya había un diagnóstico de alto compromiso neurológico, es decir que el daño había sido muy severo con las secuelas, y el niño no queda bien»*. [Folio 339]

Más adelante reiteró que a fin de determinar la existencia de errores negligentes en la atención brindada a la señora Luz Mery, hay que examinar los controles prenatales y el tiempo de evolución de la patología de base, es decir que el obstetra tenía el deber de dictaminar la presencia de factores de riesgo durante el parto, de conformidad con los antecedentes de la paciente.

Frente al dolor punzante lumbar irradiado a la pierna derecha que sufrió la gestante el 20 de junio de 2007, el Tribunal consideró que no era indicativo de una anomalía porque no estuvo asociado a otros síntomas. [Folio 61] Al respecto anotó:

«En la situación recién enunciada, para la Sala cobra particular relevancia el testimonio del ginecólogo Callamand Borrero, quien –frente al mismo tema, dolor punzante lumbar– manifestó que “si la materna no ha referido actividad uterina de algún tipo, se puede considerar que este motivo de consulta es constante dado el peso y la alteración anatómica de tipo fisiológico que acompaña a la madre en los últimos momentos de la gestación” (fl. 89). Así las cosas, tampoco resulta censurable que el médico general que en esa oportunidad atendió a la paciente (Vladimir Gómez) no la hubiera remitido al ginecólogo de turno, pues acorde con la historia clínica y lo descrito por los testigos técnicos (quienes sobre este tema no mostraron discrepancia digna de destacar), la situación en la que se hallaba la señora Zambrano Acevedo no ameritaba la iniciación del trabajo de parto (natural inducido o por cesárea), ni el acometimiento de las actividades que la parte actora echó de menos. Además, consta en el expediente que el doctor Gómez (médico general) le tomó la tensión arterial, la frecuencia cardíaca y respiratoria a la señora Zambrano Acevedo, y le practicó un examen físico que arrojó el siguiente registro: “abdomen: ha aumentado de tamaño por útero grávido AU 39 cm; FCF positivo – extremidades: dolor a la palpación en región lumbar a nivel de L4-

L5 y L5-S1", proceder que -a falta de prueba en contrario- impone colegir que en esta visita también se verificaron, por lo menos en forma general, los signos vitales de la madre y de la criatura por nacer (frecuencia cardíaca fetal positiva". [Folio 62]

La anterior conclusión del *ad quem* no tuvo sustento en la evidencia médica pues -como se dijo líneas arriba- únicamente se guio por la opinión infundada del ginecólogo de la entidad demandada, quien consideró que los signos y síntomas que presentó la gestante el 20 de junio por la mañana se encontraban dentro de lo normal, al punto que no le pareció censurable la decisión del médico general de no remitir a la paciente ante un ginecólogo.

Contrario al relato del doctor Callamand, el doctor Aldana Valdés fue enfático al conceptuar que los síntomas que presentaba la gestante el 20 de junio de 2007 eran indicativos del inicio del trabajo de parto *"pero con una complicación, que puede ser una infección hemorrágica en la madre que aumenta más el riesgo, esa madre debe hospitalizarse enseguida y hacer todos los estudios inmediatos para determinar qué está ocurriendo y tomar la determinación inmediata para evitar daños al cerebro del menor".* [Folio 338]

De manera que sí existieron motivos clínicos para que el médico tratante remitiera de inmediato a la paciente ante el ginecólogo, a diferencia de lo que entendió el Tribunal, a quien le pareció suficiente que la atención del médico general se limitara a practicar un examen físico incompleto; tomar la tensión arterial, la frecuencia cardíaca y respiratoria; anotar el lugar del dolor; y registrar la frecuencia cardíaca positiva del feto; sin tomar en consideración que esa era la segunda vez en menos de 24 horas que la gestante reingresaba al servicio de salud por distintos síntomas.

Tampoco le mereció ningún comentario que la señora Luz Mery estaba padeciendo desde hacía más de un año de dolores de cabeza constantes acompañados de vértigo, síncope, fonofobia, fotofobia y vómito; que tuviera antecedentes familiares de hipertensión arterial, asma y diabetes (padres y abuelos); y que se le diagnosticara "migraña debida a tensión". [Folio 698]

Meses antes del parto había consultado por persistencia de las migrañas y tres episodios de síncope con pérdida de conciencia, para lo cual se le prescribió un Holter electrocardiográfico [folio 693]. Sólo un mes antes del parto

acudió al neurólogo por cefalea crónica tipo migraña episódica y síncope en tres ocasiones. El Holter marcó prolongación del intervalo PR de 220 milisegundos que indicaba un aumento de riesgo de problemas coronarios. [Folios 690 a 692]

El 17 de mayo de 2007, la usuaria acudió a cardiología por pérdida de conocimiento con un cuadro sincopal de 8 meses de evolución y Glasgow de 11, es decir con estado de conciencia moderadamente alterada. [Folio 688]

El 6 de mayo de 2007, con 37 semanas de embarazo, la paciente mostraba antecedentes de asma sin manejo y síncope recurrentes con pérdida de conocimiento, con tensión arterial en el límite inferior (100/60 mmHg).

Dos días antes del parto (19 de junio), la usuaria presentó actividad uterina irregular que no fue estudiada [folio 680]. Al día siguiente, a la 1:07, consultó al médico general de la EPS demandada por *“cuadro clínico de 8 horas de evolución consistente en dolor tipo punzada en región lumbar irradiado a pierna derecha de instauración incidiosa el cual se exacerba con los movimientos”* [folio 677].

Está documentado, de igual modo, que antes del embarazo la paciente presentó síntomas de lipotimia (desvanecimiento o pérdida de sentido) y precordialgias (dolores localizados en la parte antero-lateral izquierda del tórax, antes del corazón). [Folio 661]

Todos estos antecedentes anotados en la historia clínica no le merecieron al Tribunal la consideración para ser valorados como signos de alarma indicativos de que algo podía andar mal en el embarazo, concluyendo –en contra de la evidencia– que no existían síntomas asociados a la hipoactividad fetal del 20 de junio; lo que lo condujo a estimar que la conducta del médico tratante no es civilmente censurable por omitir la remisión de la usuaria al ginecólogo y no prescribirle los exámenes encaminados a prevenir daños neurológicos al neonato.

Con relación a la “ausencia de movimiento fetales”, la “salida de líquido por la vagina” y el “sangrado activo” que presentó la señora Luz Mery la tarde del 20 de junio de 2007, y que según los dos médicos que rindieron su concepto en audiencia eran factores de riesgo, el juzgador *ad quem* consideró que no fueron elementos suficientes para comprometer la responsabilidad patrimonial “ambicionada” por los demandantes, pues *«durante más de una*

hora (entre las 7:00 y las 8:05 p.m.) la paciente fue vigilada constantemente, el sangrado fue "escaso" y tanto la actividad uterina como los movimientos fetales eran "positivos", circunstancia que, a juicio de la Sala, involucra la demostración de la "condición estable" a la que se refirió el doctor Callamand Borrero, en aras de "continuar con la gestación hasta que se presente una condición obstétrica de trabajo de parto", connotación última que se verificó para las 9:30 p.m. del 20 de junio de 2007, según la anotación "en 10 cm de dilatación estación 0 - pone paciente a pujar". [Folio 65]

El Tribunal no tuvo en cuenta que los síntomas descritos están catalogados como factores de riesgo, tal como lo confirmaron los expertos que declararon en el proceso; sino que le bastó que el sangrado fuera escaso y los movimientos fetales positivos para concluir que la condición de la paciente era "estable" y no se requería la práctica de una cesárea.

En contra de la apreciación del sentenciador, para quien el parto natural era el procedimiento a seguir, el conocimiento científico muestra que en el caso que se examina los antecedentes que presentó la paciente hacían necesaria la práctica de una cesárea con el fin de evitar un mayor grado de sufrimiento fetal y secuelas neurológicas en el neonato:

•El sufrimiento fetal ha sido asociado con asfixia fetal severa, complicaciones médicas, obstétricas o del trabajo de parto. Es importante, por consiguiente, su diagnóstico precoz, para así evitar que sea del tipo descompensado, el cual es de peor pronóstico. Obviamente, debe realizarse un adecuado control del embarazo, con especial atención a aquellas gestantes que, por antecedentes, se incluye en el grupo de alto riesgo, cuyas posibilidades de presentar complicaciones durante la gestación y trabajo de parto son mayores. (...) Revisada la literatura, vemos que la cesárea es el procedimiento de elección en casos en que se diagnostica sufrimiento fetal por monitoreo electrónico. (...) La patología más frecuente en los grupos de sufrimiento fetal, fue la hipoxia y, en segundo lugar, el síndrome de dificultad respiratoria. (...) Finalmente, deseamos señalar, ante los hallazgos del presente estudio, que resulta imperativo contar con medios de control más precisos, tanto en el anteparto como en el intraparto, para disminuir la incidencia de sufrimiento fetal.¹⁶

•Cuando se determina que las condiciones de desarrollo y de sobrevivencia fetales se hacen críticas, debe indicarse la interrupción terapéutica del embarazo antes de su término normal. En estos casos, es especialmente importante determinar en la forma más adecuada posible el grado de madurez fetal y medir calculadamente el riesgo que

¹⁶ Miren González y otros. Relación entre evaluación clínica del sufrimiento fetal agudo, tipo de parto y estado del recién nacido.

está sufriendo el feto en su vida intrauterina, comparándolo con los riesgos potenciales que pueden derivarse de la prematuridad o inmadurez del recién nacido. (...) Esquemáticamente, las acciones obstétricas pueden resumirse de la siguiente manera: 1. Detección precoz de embarazos de alto riesgo fetal. Como se ha expresado, esto es posible de lograr en un alto número de casos desde etapas precoces de gestación o incluso antes que ella comience. Este grupo concentra la mayor parte de sufrimientos fetales, tanto agudos como crónicos. 2. Vigilancia intensiva a través de un control obstétrico apropiado y usando las metodologías de estudio que se han señalado, en todos los casos de alto riesgo potencial para el feto. 3. Interrupción del embarazo. En aquellos fetos en que se pesquiza que están sobreviviendo en condiciones críticas dentro del útero materno, habiendo alcanzado un grado de madurez satisfactoria, debe plantearse la interrupción oportuna del embarazo antes de su término espontáneo, ya sea por vía vaginal o por operación cesárea».¹⁷

«Los fetos sometidos a situaciones de hipoxia crónica posiblemente no tengan la fortaleza para resistir el parto y un expulsivo normales, sin presentar signos graves de sufrimiento. (...) Si después de un periodo de observación de 2 a 3 horas no tiene lugar el progreso del trabajo de parto o si antes de ese tiempo aparecen signos de sufrimiento fetal o de hipertensión uterina, debe suspenderse la prueba del trabajo de parto y recurrirse a la cesárea segmentaria».¹⁸

No obstante la ausencia de prescripción de los exámenes clínicos de rigor por parte de los médicos que atendieron el parto de la señora Luz Mery Zambrano, lo cierto es que para la tarde del 20 de junio de 2007 ya existían suficientes síntomas de pérdida de bienestar fetal, lo que hacía necesaria la práctica de mayores controles e, incluso, de una operación cesárea, dada la falta de fortaleza del feto para resistir un expulsivo natural.

Respecto de la presencia de meconio en el cordón umbilical, el Tribunal estimó –con base en el concepto rendido por el doctor Callamand Borrero– que no era «una señal indiscutible de la tardanza en la atención médica del parto, pues como viene de verse, tal vicisitud puede obedecer a una “situación normal” como la presión que recae sobre la cabeza del bebé durante el parto, u otra circunstancia similar, sin que esa ambigüedad sea posible de absolverse en contra del médico, quien como se sabe, asume a estos respectos (la salud de la persona por nacer) una obligación de medio». [Folio 67]

El anterior enunciado fáctico esconde, por lo menos, cuatro errores de valoración probatoria.

¹⁷ José Espinoza. Sufrimiento fetal. Revista chilena de pediatría Vol. 44, Nº 6

¹⁸ Obstetricia y ginecología. Universidad de Antioquia, 6ª ed. 2001.

En primer lugar, el sentenciador consideró que la presencia de meconio en el cordón umbilical “no es una señal indiscutible” de la tardanza en la atención médica. Sin embargo, es preciso reiterar que el criterio de la sana crítica no exige “señales indiscutibles” sino probables, porque el análisis probatorio no se enmarca en el ámbito de lo necesario sino en el de lo contingente, y el juzgador de segundo grado omitió hacer el respectivo estudio de probabilidad prevalente.

En segundo lugar, es cierto que la presencia de meconio en el cordón umbilical es una circunstancia que no puede “absolverse en contra del médico”, pues la expulsión de detritos del feto al líquido amniótico es un proceso fisiológico que se debió a causas naturales distintas de la conducta del galeno. Sin embargo, el tema de discusión no es si el meconio fue “causado” por la omisión del médico tratante, pues obviamente no lo fue y nadie hizo tal señalamiento en el proceso. El tema de discusión es si el cordón umbilical teñido de meconio reciente junto con la acidosis metabólica, la asfixia perinatal y la deglución de sangre materna son signos indicativos del retardo en la atención del parto según los estándares de la medicina y la sintomatología que presentaba la embarazada, y si las lesiones al feto eran detectables y previsibles mediante los exámenes y procedimientos del arte médico, nada de lo cual fue analizado por el Tribunal.

En otras palabras, el juicio de atribución del hecho dañoso no radicaba en establecer la causa material o “adecuada” que ocasionó el meconio del neonato, sino que había que identificar si existía una correlación jurídica entre la conducta omisiva del médico tratante y los síntomas que presentó la paciente (sin importar qué los “causó”), como signos indicadores de una anomalía que debió ser atendida en virtud de los deberes legales del prestador del servicio de salud. Hubo, por tanto, un error en la fijación de los antecedentes del razonamiento o inferencia hipotética.

En tercer lugar, la proposición fáctica del juzgador comportó una afirmación gratuita o elusiva al estimar que el estado de salud del neonato no fue responsabilidad del médico tratante porque la obligación que éste asumió fue de medios. Pues bien, es cierto que la recuperación de la salud del neonato no le era exigible al médico como resultado de su labor, pero nadie postuló lo contrario en el proceso, toda vez que la pretensión no se estructuró en no haber obtenido un determinado resultado contractual, por lo que ese punto estuvo al margen de la discusión. El hecho a probar es si los profesionales que atendieron a la paciente antes y durante el

parto hicieron todo lo que estuvo a su alcance según los estándares de la medicina, con el fin de brindar a la gestante y a su hijo una atención de calidad y evitar que sufrieran daños en su salud, razonamiento que estuvo ausente de la motivación de la sentencia de segunda instancia.

En cuarto lugar, el enunciado probatorio del Tribunal se sustentó en una prueba poco confiable –como ya se explicó– no sólo por la relación de dependencia del doctor Callamand con la entidad demandada sino, principalmente, por su falta de consistencia, sus contradicciones y su falta de rigor científico. Así, la explicación de este médico según la cual *«la presencia de meconio durante el trabajo de parto no es una evidencia patológica que pueda generar complicaciones intraparto»* carece de fundamento en la evidencia médica, porque el meconio es, precisamente, uno de los signos distintivos de la ausencia de bienestar fetal.

En efecto, el “líquido amniótico meconiado” se encuentra descrito como uno de los factores de riesgo biológicos o condición patológica del trabajo de parto según la Norma Técnica para la Atención del Parto.¹⁹

Por su parte, la literatura médica especializada explica:

*«El síndrome de aspiración meconial (SAM) consiste en la inhalación de líquido amniótico teñido de meconio intraútero o intraparto. (...) El SAM es una enfermedad del neonato a término o posttérmino siendo excepcional en el pretérmino. Las únicas situaciones en que se puede observar líquido amniótico meconial en recién nacidos es en asociación con listeriosis congénita o en presencia de un episodio asfíctico previo».*²⁰

*«Se considera signos de sufrimiento fetal la presencia de meconio en líquido amniótico y la alteración de la frecuencia cardíaca fetal. (...) La patología más frecuente en los grupos de sufrimiento fetal fue la hipoxia y, en segundo lugar, el síndrome de dificultad respiratoria».*²¹

*«Durante el trabajo de parto, la contaminación con meconio de un líquido amniótico hasta entonces claro, traduce generalmente la existencia de una hipoxia fetal, cuya patogenia se ha explicado anteriormente».*²²

¹⁹ Ministerio de Salud, p. 7

²⁰ COTO COTALLO G., LÓPEZ SASTRE J., y otros. Protocolos diagnóstico terapéutico: Recién nacido a término con dificultad respiratoria: enfoque diagnóstico y terapéutico. Asociación española de pediatría, 2008. p. 289

²¹ Miren GONZÁLEZ y otros. Op. cit. p. 54.

²² José ESPINOZA. Sufrimiento fetal. p. 527.

*«El síndrome de aspiración meconial (SAM) se manifiesta con distrés respiratorio y es producto por la aspiración de líquido amniótico (LA) teñido con meconio intraútero o intraparto. Constituye una causa de morbimortalidad en el recién nacido, principalmente en el niño a término y postérmino».*²³

De manera que, en contra de la opinión del médico de la entidad demandada, para quien *«la presencia de meconio durante el trabajo de parto no es una evidencia patológica que pueda generar complicaciones intraparto»* [998], el conocimiento médico afianzado demuestra que la presencia de meconio en el cordón umbilical del neonato es un signo distintivo de asfixia perinatal, de sufrimiento fetal, de una patología y de consecuencias nocivas para la salud del menor.

El Tribunal, en suma, creyó irreflexivamente en el dicho del médico de la entidad demandada, sin advertir que sus inconsistencias, incoherencias, inexactitudes y falta de rigor demostraban que no era una prueba confiable ni mucho menos concluyente. Los juzgadores de las instancias creyeron en la versión del profesional sin hacer una apreciación razonada de la información que suministró, pasando por alto que los criterios de los expertos deben ser tomados en cuenta cuando amplían, explican, corroborean, detallan o traducen a un lenguaje sencillo o cotidiano los conocimientos alcanzados por la ciencia, pero no cuando expresan opiniones infundadas que contradicen el saber afianzado y verificado por la comunidad científica.

Finalmente, en lo que respecta a la valoración del “nexo causal”, el argumento probatorio del Tribunal incurrió en graves imprecisiones y confusiones:

«De conformidad con la demanda, los graves quebrantos de salud que actualmente padece Juan Sebastián derivaron de la asfixia perinatal y del sufrimiento fetal agudo referidos en la historia clínica, cuya génesis la actora atribuye a la atención médica defectuosa que se le brindó a la madre.

Sin embargo, los elementos de juicio aquí recaudados no respaldan tan trascendental imputación, ni tampoco se estableció que a la generación de tan graves anomalías hubieran obrado otros factores, tema sobre el cual cumple memorar, por vía de ejemplo, que a Juan Sebastián se le diagnosticó también aspiración - deglución de sangre materna (fl. 373), y que subsiste la posibilidad (que no cabe desvirtuar del dicho de los testigos

²³ Norka CABRERA y otros. Síndrome de aspiración meconial. Revista “Medicina” Vol. 11 N° 2 año 2005. p. 158.

técnicos o de la historia clínica) que la sangre materna que inhaló el recién nacido hubiera llegado al cerebro o a sus pulmones, y que, por ende, haya incidido en la "disminución de oxígeno" y la "hipoxia severa" que refirió el doctor Aldana Valdés en su testimonio, circunstancias que, como lo explicó el mismo deponente, generaron la asfixia perinatal, la acidosis metabólica y el sufrimiento fetal agudo que experimentó el recién nacido». [Folio 67, c. Tribunal]

El argumento es confuso porque expresó que 'no se establecieron otros factores' distintos a los señalados en la demanda, generadores de las lesiones sufridas por el menor; pero enseguida, por vía de ejemplo, refiere que 'otro factor' (la deglución de la sangre materna) pudo ser la causa del perjuicio cuya indemnización se reclama. Según el sentenciador, "subsiste la posibilidad" de que la deglución de la sangre materna que inhaló el recién nacido «hubiera llegado al cerebro o a sus pulmones, y que, por ende, haya incidido en la "disminución de oxígeno" y la "hipoxia severa" que refirió el doctor Aldana Valdés en su testimonio, circunstancias que, como lo explicó el mismo deponente, generaron la asfixia perinatal, la acidosis metabólica y el sufrimiento fetal agudo que experimentó el recién nacido». [Folio 67]

Lejos de desvirtuar "el nexo de causalidad", el anterior razonamiento es una hipótesis confirmatoria del juicio de atribución del resultado dañoso a la entidad demandada, pues la deglución de sangre materna es uno de los signos que indican la demora en la atención del parto. El argumento del juzgador *ad quem*, además de confuso, fue incompleto, porque lo que debió analizar fue si los hechos probados en el proceso como la presencia de meconio en el cordón umbilical, la asfixia perinatal, y la aspiración y deglución de sangre materna se relacionan con la tardanza en la atención del parto que debió ser clasificado como riesgoso debido a los síntomas que presentó la paciente antes y durante el expulsivo; razonamiento que fue completamente evadido por el Tribunal.

En vez de ello, el fallador de segundo grado se limitó a opinar que "subsiste la posibilidad" de que la deglución de sangre materna haya generado la asfixia perinatal, la acidosis metabólica y el sufrimiento fetal agudo que experimentó el recién nacido; creyendo de ese modo que "la deglución de sangre materna" es un factor o causa excluyente de responsabilidad, cuando en realidad es un indicio más de la deficiente atención que le entidad demandada brindó a la paciente.

De la afirmación del Tribunal se infiere que echó de menos la causa física exclusiva y excluyente (no acumulativa) de los daños, limitando el objeto de la prueba a una causalidad material ya superada por la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada.

El argumento fue deficiente porque partió de una errónea identificación del objeto de la prueba y de una desacertada noción sobre la inexistencia del “nexo de causalidad”.

En efecto, el objeto que el fallador pretendía encontrar probado (nexo causal) no es una propiedad de las cosas ni un objeto físico susceptible de demostración por pruebas directas, sino una categoría lógica que permite inferir que entre un hecho antecedente y un hecho consecuente existe una relación de probabilidad porque la experiencia así lo ha mostrado repetidas veces. La observación de regularidades en los acontecimientos cotidianos permite establecer una teoría o hipótesis que, a su vez, sirve de pauta o trasfondo de significado para la valoración de nuevos hechos y para la selección –de entre el flujo infinito de causas– de aquellas ‘condiciones’ que se estiman relevantes en un contexto determinado (en este caso jurídico).²⁴

En casos de omisiones, el criterio de imputación sólo lo dan las normas jurídicas que establecen deberes de actuación, posición de garante, guardián de la cosa, etc., porque entre una omisión y un resultado no se produce ninguna relación de implicación material. Esta conclusión sólo se extrae por hipótesis indiciarias que el Tribunal jamás tomó en consideración.

Desde luego que si el juzgador no valoró los hechos probados en el proceso para corroborar o descartar la presencia del factor objetivo de atribución de responsabilidad (imputación del hecho a un agente), no le era posible encontrar la prueba del “nexo de causalidad”; mucho menos cuando se trata de abstenciones o negligencias, pues un axioma de la lógica consagra que las omisiones o inactividades, al no ser objetos de la experiencia sino categorías jurídicas, no son ni pueden ser “causa” de nada en sentido naturalista.²⁵

Ante la ausencia absoluta de las hipótesis indiciarias que habrían permitido concluir con probabilidad prevalente la existencia del juicio de atribución del daño al agente demandado,

²⁴ Holismo confirmacional o epistemológico, o Tesis de Duhem-Quine, según la cual toda observación de un hecho depende de una teoría de trasfondo que explique suficientemente las relaciones entre los hechos observados, es decir que todo análisis causal es un juicio atributivo a partir de un marco de sentido.

²⁵ Michael S. MOORE. Causalidad y responsabilidad. Madrid: Marcial Pons, 2011. pp. 203 ss. y 449 || Jules COLEMAN. Riesgos y daños. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 279.

el argumento del Tribunal sobre el “nexo de causalidad” se muestra desacertado.

Una vez refutadas todas las proposiciones probatorias en que se sustentó la decisión acusada, se impone la necesaria conclusión de casar la sentencia por deficiente motivación sobre los hechos; al no haber valorado las pruebas singularmente y en conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Los demás temas concernientes a la responsabilidad de la demandada y a las excepciones que formuló, se resolverán en la sentencia de remplazo.

Por haber prosperado el recurso de casación, no hay lugar a imponer condena en costas en esta sede.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el 21 de junio de 2013 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por Luz Mery Zambrano Acevedo, Richard Mauricio Sanabria Bello, Betty María Acevedo de Zambrano, Josué Gabriel Zambrano Ruiz y Juan Sebastián Sanabria Zambrano contra la EPS Sanitas S.A.; y actuando en sede de instancia dicta la siguiente

SENTENCIA SUSTITUTIVA

I. ANTECEDENTES

Las pretensiones, los hechos en que éstas se apoyaron, las excepciones formuladas por los demandados, el contenido de la sentencia de primera instancia y la sustentación del recurso de apelación quedaron explicados en los antecedentes de la sentencia de casación, por lo que no hay necesidad de repetirlos en esta oportunidad.

II. CONSIDERACIONES:

Reunidos los presupuestos procesales y no advirtiéndose vicio alguno capaz de invalidar lo actuado, resulta procedente dictar el fallo de segunda instancia que resuelva el fondo de la controversia en virtud del recurso de apelación formulado por la parte actora.

1. El derecho fundamental a la salud de calidad y su incidencia en la responsabilidad civil.

En nuestro Estado Social de Derecho la seguridad social en salud es un servicio público orientado por el principio constitucional del respeto a la dignidad humana, por cuya virtud la vida de las personas y su integridad física y moral se conciben como los bienes jurídicos de mayor valor dentro del ordenamiento positivo, lo que se traduce en la obligación de brindar una atención en salud de calidad, así como en una menor tolerancia frente a los riesgos que por mandato legal el paciente traslada a las EPS. Este replanteamiento del servicio sanitario ha introducido un cambio de visión que concibe la salud como un derecho inalienable de las personas y no como un acto de beneficencia del Estado hacia el ciudadano.

Además de los postulados consagrados en la Constitución Política (arts. 48 y 49), el servicio público de salud se rige por los principios de universalidad, solidaridad, igualdad, obligatoriedad, prevalencia de derechos, enfoque diferencial, equidad, calidad, eficiencia, participación social, progresividad, libre escogencia, sostenibilidad, transparencia, descentralización administrativa, complementariedad y concurrencia, corresponsabilidad, irrenunciabilidad, intersectorialidad, prevención y continuidad. (Artículo 3º de la ley 1438 de 2011, que modificó el artículo 153 de la ley 100 de 1993)²⁶

Uno de los atributos fundamentales del Sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) es la calidad de la atención integral en salud que se brinda a la población, la cual involucra aspectos tales como la accesibilidad, oportunidad, seguridad, pertinencia y continuidad del servicio.

²⁶ Si bien la Ley 1438 de 2011 no es aplicable al caso, pues los hechos ocurrieron con anterioridad, la obligación de brindar un servicio de salud integral, continuo y de calidad ya estaba consagrada en el artículo 153 originario de la Ley 100 de 1993 y sus distintas reglamentaciones.

La calidad del servicio de salud implica estándares sobre estructuras y procesos de atención para todas las organizaciones y personas que prestan servicios de salud; criterios objetivos de ingreso y permanencia en el sistema de salud; guías de atención que describen parámetros explícitos de pertinencia clínica, administrativa y financiera; e indicadores explícitos de medición de resultados en la prestación de los servicios.²⁷

El numeral 3.8 del artículo 3º de la Ley 1438 de 2011 estableció: *«Calidad. Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada»*. Esta disposición ordena la prestación de una atención en salud oportuna y de calidad, sustentada en criterios científicos, a partir de un enfoque sistémico e integral.

De conformidad con los artículos 178, 179 y 180 de la ley 100 de 1993, las entidades promotoras de salud tienen el control sobre la calidad de la prestación del servicio de salud: *«Las EPS tienen la obligación de establecer los procedimientos para controlar y evaluar sistemáticamente la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad de los servicios prestados por las instituciones prestadoras de servicios de salud»* (art. 178).

Si bien es cierto que la prestación del servicio de salud de calidad a todos los habitantes de Colombia es una medida gradual, también lo es que el SGSSS comenzó a regir hace más de 23 años, por lo que hoy en día no hay ninguna justificación para que el servicio de salud siga ofreciéndose dentro de niveles de baja calidad.

Desde 1993 se expidieron una serie de normas con el fin de que la progresividad del servicio no fuera un simple ideal y se materializara en resultados concretos, es decir en una atención en salud de estándares medios con tendencia perpetua a la alta calidad dentro del marco del Sistema Obligatorio de Garantía de Salud de Calidad.

A tal respecto, el artículo 227 de la Ley 100 dispuso: *«Es facultad del Gobierno Nacional expedir las normas relativas a la organización de un sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención de salud, incluyendo la auditoría médica de obligatorio*

²⁷ Ministerio de la Protección Social, Carlos Kerguelén Botero. Calidad en salud en Colombia. 2008 p. 34.

desarrollo en las entidades promotoras de salud, con el objeto de garantizar la adecuada calidad en la prestación de los servicios. La información producida será de conocimiento público.*

El marco legal de la obligatoriedad de la atención en salud de calidad se constituyó formalmente con el Decreto 2174 de 1996, que organizó el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Posteriormente se expidió el Decreto 2309 de 2002, que definió el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en Salud.

Según este último, el SOGC de la atención de salud es el conjunto de instituciones, normas, requisitos, mecanismos y procesos, deliberados y sistemáticos que desarrolla el sector salud para generar, mantener y mejorar la calidad de los servicios de salud en el país.

Las características más importantes de este sistema son: a) Accesibilidad: posibilidad que tiene el usuario de utilizar los servicios de salud que le garantiza el Sistema general de seguridad social. b) Oportunidad: posibilidad que tiene el usuario de obtener los servicios que requiere, sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud. c) Seguridad: conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías, basadas en evidencia científicamente probadas, que propenden por minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de atención de salud o de mitigar sus consecuencias. d) Pertinencia: grado en el cual los usuarios obtienen los servicios que requieren, de acuerdo con la evidencia científica, y sus efectos secundarios son menores que los beneficios potenciales. e) Continuidad: grado en el cual los usuarios reciben las intervenciones requeridas, mediante una secuencia lógica y racional de actividades, basada en el conocimiento científico (artículo 5°).

Posteriormente el Ministerio de la Protección Social profirió la Resolución 1043 de 2006, que estableció las condiciones que deben cumplir los prestadores de salud para habilitar sus servicios e implementar el componente de auditoría para el mejoramiento de la calidad de la atención; fijó estándares de capacidad tecnológica y científica; y definió parámetros de suficiencia patrimonial y financiera, así como las condiciones técnico-administrativas del prestador.

El Decreto 1011 de 2006 derogó el 2309 de 2002 al establecer el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Este estatuto definió la atención en salud como *«el conjunto de servicios que se prestan al usuario en el marco de los procesos propios del aseguramiento, así como de las actividades, procedimientos e intervenciones asistenciales en las fases de promoción y prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se prestan a toda la población»*. A su vez, entiende por “calidad de la atención de salud” *«la provisión de servicios de salud a los usuarios individuales y colectivos de manera accesible y equitativa, a través de un nivel profesional óptimo, teniendo en cuenta el balance entre beneficios, riesgos y costos, con el propósito de lograr la adhesión y satisfacción de dichos usuarios»*. (Art. 2°)

Este decreto fijó las normas, requisitos y procedimientos que están obligados a cumplir los prestadores de servicios de salud (incluidos los particulares o independientes), las instituciones y los servicios de traslado de pacientes, con el fin de brindar seguridad a los usuarios frente a los potenciales riesgos asociados a la prestación del servicio.

El artículo 3° del Decreto 1011 de 2006 reiteró que el SOGCS está orientado a mejorar la atención en salud, más allá de la verificación o acreditación formal de estructuras, procesos y documentación, centrando la calidad en los resultados obtenidos por los usuarios. Por ello impuso a los agentes promotores y prestadores la obligación de cumplir con las siguientes características:

1. *Accesibilidad. Es la posibilidad que tiene el usuario de utilizar los servicios de salud que le garantiza el Sistema General de Seguridad Social en Salud.*
2. *Oportunidad. Es la posibilidad que tiene el usuario de obtener los servicios que requiere, sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud. Esta característica se relaciona con la organización de la oferta de servicios en relación con la demanda y con el nivel de coordinación institucional para gestionar el acceso a los servicios.*
3. *Seguridad. Es el conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías basadas en evidencias científicamente probadas que propenden por minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de atención de salud o de mitigar sus consecuencias.*

4. Pertinencia. Es el grado en el cual los usuarios obtienen los servicios que requieren, con la mejor utilización de los recursos de acuerdo con la evidencia científica y sus efectos secundarios son menores que los beneficios potenciales.

5. Continuidad. Es el grado en el cual los usuarios reciben las intervenciones requeridas, mediante una secuencia lógica y racional de actividades, basada en el conocimiento científico.

Por su parte, la Circular 30 de 2006, emanada de la Superintendencia Nacional de Salud, dio instrucciones en materia de indicadores de calidad para evaluar la oportunidad, accesibilidad, continuidad, pertinencia y seguridad en la prestación de los servicios de salud de las instituciones prestadoras; los indicadores de calidad; los respectivos estándares en los procesos prioritarios de atención en salud y los requerimientos de información en las entidades promotoras de salud, cualquiera sea su naturaleza jurídica y el régimen que administren, incluyendo las empresas de medicina prepagada.

A su vez, la Resolución 1446 de 2006 del Ministerio de la Protección Social definió el Sistema de Información para la calidad y adoptó los indicadores de monitoria del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud.

La ley 1122 de 2007 introdujo algunas modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud y dictó disposiciones en materia de calidad, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios. Al describir la organización del aseguramiento inherente al SOGC, esta ley consagró la garantía del acceso efectivo a la salud de calidad, en los siguientes términos:

«Organización del Aseguramiento. Para efectos de esta ley entiéndase 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». [Se subraya]

Por expreso mandato legal, las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento, la representación de

los afiliados ante las instituciones prestadoras, **la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la asunción del riesgo transferido por el usuario.**

Finalmente, la ley 1438 de 2011 estableció parámetros para fortalecer el SGSSS *«a través de un modelo de prestación del servicio público en salud que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud permita la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país».* (Art. 1º)

Entre los criterios técnicos mínimos para el cumplimiento de resultados en la atención de salud de calidad, la mencionada ley incluyó la prevalencia e incidencia de la morbilidad y mortalidad materna perinatal e infantil; la incidencia de enfermedades de interés en salud pública; la incidencia de enfermedades crónicas no transmisibles y de las precursoras de eventos de alto costo; la incidencia de enfermedades prevalente transmisibles e inmunoprevenibles; y el acceso efectivo a los servicios de salud. (Art. 2º)

Esta ley modificó el artículo 153 de la ley 100 de 1993, señalando los principios que orientan el SGSSS, entre los cuales se encuentran el de **igualdad** (garantiza el acceso al servicio de salud a todos los residentes del territorio colombiano, sin discriminación por razones de cultura, sexo, raza, origen nacional, orientación sexual, religión, edad o capacidad económica, sin perjuicio de la prevalencia constitucional de los derechos de los niños); **prevalencia de derechos** (es obligatorio el cuidado, protección y asistencia en salud a las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva, a los niños, las niñas y adolescentes, para garantizar su vida, su salud, su integridad física y moral y su desarrollo armónico e integral); **enfoque diferencial** (reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, condición de discapacidad y víctimas de la violencia para las cuales el Sistema General de Seguridad Social en Salud ofrecerá especiales garantías y esfuerzos encaminados a la eliminación de las situaciones de discriminación y marginación); **calidad** (los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada);

prevención (es el enfoque de precaución que se aplica a la gestión del riesgo, a la evaluación de los procedimientos y la prestación de los servicios de salud); entre otros. (Ley 1438 de 2011, Art. 3º)

El marco legal que se ha resumido en líneas precedentes consagró un sistema obligatorio de garantía del servicio de salud que comporta un verdadero cambio de paradigma, pues ya no es posible seguir concibiendo la atención en salud como una labor de beneficencia, como ocurrió hasta finales de la década de los 80 del siglo pasado; dado que a partir de la constitucionalización de la salud y la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social en salud y del sistema obligatorio de garantía de la calidad de la atención en salud, ésta es un derecho superior de los habitantes del territorio, que se patentiza en los resultados constatables y medibles en el servicio eficaz que reciben los usuarios o destinatarios finales del sistema.

Es cierto que la atención de calidad es una obligación que las entidades y agentes del sistema general de seguridad social en salud tienen que cumplir de manera progresiva. No obstante, la gradualidad no es una mera 'idea regulativa' o un 'principio general no susceptible de aplicación inmediata', ni mucho menos un pretexto para justificar una atención en salud retardada, deficiente, mediocre o rezagada con relación a los avances científicos y tecnológicos, sino que es una característica concreta del SGSSS que se patentiza en el mantenimiento de los criterios de calidad actuales y en el mejoramiento permanente de los estándares existentes de tecnología, administración, operación y trato humano que permiten materializar el mandato constitucional y legal de un servicio de salud de alta calidad que redunde en mejorar las condiciones de vida de la población.

Los estándares de calidad son el conjunto de políticas, reglas, instrucciones y procedimientos establecidos por las entidades que conforman el SGSSS y el SOGC para todas las operaciones principales, tanto administrativas como asistenciales, los cuales sirven de guía o parámetro de acción a los miembros de la organización para desempeñar sus labores con eficacia. La clave del éxito de la calidad del servicio de salud es el mejoramiento constante y en marcha que involucre a todos los componentes del sistema (alta administración, gerentes, coordinadores, médicos, paramédicos y operarios) para desarrollar procesos estandarizados orientados a resultados.

Los parámetros explícitos y concretos de pertinencia clínica se encuentran en las guías de atención del Ministerio de Salud y las distintas entidades territoriales; siendo su acatamiento una obligación legal y no una simple facultad de los agentes prestadores del servicio de salud, quienes tienen que ceñirse a ellas con el fin de brindar un servicio de verdadera calidad conforme a las condiciones personales del usuario, la cultura de seguridad del paciente, la práctica de la medicina basada en la evidencia científica y la atención integral, segura, oportuna y humanizada, tal como lo ordena el artículo 3° de la ley 1438 de 2011.

La cultura de calidad total del servicio de salud y seguridad del paciente tiene repercusiones directas en el derecho de la responsabilidad civil, pues en el entorno del sistema obligatorio de calidad de la atención en salud las demoras en la prestación del servicio; el uso de tecnología obsoleta; la ausencia de tratamientos y medicamentos de utilidad comprobada por la medicina evidencial; la despreocupación por la satisfacción del cliente y la falta de atención de sus necesidades asistenciales; la falta de disciplina en el acatamiento de reglamentos tales como guías, normas técnicas y reglas de diligenciamiento de la historia clínica; la insuficiencia de continuidad e integralidad del servicio; la complacencia frente a malas prácticas y su ocultamiento; y en fin, la carencia de un pensamiento orientado al proceso y desarrollo de estrategias que aseguren un mejoramiento continuo e interminable del servicio de salud que involucre a todas las personas de los distintos niveles de la jerarquía, son circunstancias constitutivas de responsabilidad organizacional por deficiente prestación del servicio cuando lesionan con culpa la integridad personal del paciente; lo que afecta la sostenibilidad económica del sistema por mayores costos de tratamientos de eventos adversos y pagos de indemnizaciones por daños ocasionados a los usuarios.

La inobservancia de los criterios establecidos por el conocimiento científico afianzado u objetivo constituye un indicio de la culpa directa de la organización o de sus agentes particulares cuando tales violaciones están descritas por la evidencia médica como factores de riesgo desencadenantes de los daños sufridos por el usuario. Por su parte, la violación de los reglamentos administrativos expedidos por las entidades que conforman el sistema de salud, lleva implícita la culpa cuando

entre la infracción y el resultado adverso se logra establecer un juicio de atribución jurídica por violación de los deberes objetivos de cuidado o prudencia en cada contexto específico.

En ese orden, no es posible seguir concibiendo "la obligación de medios" del promotor o prestador del servicio de salud desde una óptica presistémica caracterizada por la relación personal entre el paciente y su médico de confianza, propia de la medicina anterior a la década del 90 de la pasada centuria, en la que se exigía al médico hacer "todo lo que estuviera a su alcance" según una *lex artis* difusa, insuficiente, poco objetiva e influida por una «cultura de la solidaridad innoble, del ocultismo, de los silencios cómplices, del mal entendido "compañerismo", del "hoy por ti y mañana por mí".²⁸

En el marco del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del SGSSS, la *lex artis ad hoc* es un concepto concreto, medible, transparente y constatable a la luz de los dictados de la medicina evidencial, que no sólo es bien intencionada sino que además está bien orientada, documentada y experimentada. De manera que ese es el parámetro objetivo que han de seguir los jueces para valorar las pruebas que dan cuenta de la conducta (activa u omisiva) de los agentes prestadores del servicio de salud, a fin de poder determinar la presencia de los elementos que permiten atribuir responsabilidad civil, o descartarlos si no hay prueba de ellos en el proceso.

Según la literatura médica especializada, la práctica de la medicina basada en la evidencia es «el uso consciente, explícito y prudente de la mejor evidencia actual para tomar decisiones en la atención de pacientes individuales. (...) El "uso de la conciencia" requiere la aplicación consistente de la evidencia cuando lo indiquen las circunstancias individuales y el "uso prudente" exige la integración de la experiencia clínica y la evidencia para equilibrar los riesgos y los beneficios de las pruebas y tratamientos para el individuo, de acuerdo con su circunstancia y preferencias personales. Por definición, la medicina basada en la evidencia se practica cuando se integran la experiencia clínica y la mejor evidencia disponible de una búsqueda sistemática en la bibliografía relevante».²⁹

²⁸ Gustavo LÓPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ. El error sanitario. Madrid, 2003 p. 213.

²⁹ Herbert Peterson, Susan Meikle y Brian Haynes. Obstetricia y ginecología basadas en evidencias. En Tratado de obstetricia y ginecología, 9ª ed. Mc Graw-Hill; 2005, p. 1115

La *lex artis* médica, en suma, son los estándares de la medicina con base en la evidencia, la cual resta importancia a la intuición, la aplicación irracional de lineamientos, la experiencia clínica no sistemática y la justificación fisiopatológica (ojo clínico) como bases suficientes para tomar decisiones médicas, dando mayor valor a los resultados de los exámenes sustentados en la investigación científica.³⁰

La medicina basada en pruebas científicas no debe entenderse como un desprecio de la experiencia clínica y la fisiopatología, pues «los buenos médicos utilizan tanto la experiencia clínica individual como la mejor prueba externa disponible, ninguna de las dos suficiente por sí misma. Sin experiencia clínica la práctica se arriesga a quedar tiranizada por la evidencia, ya que incluso la evidencia externa excelente sería inaplicable o inapropiada para un paciente individual. Sin la mejor evidencia actual, la práctica corre el riesgo de quedar obsoleta muy pronto en detrimento de los pacientes».³¹

En materia ginecobstétrica, específicamente, «la práctica de la medicina basada en la evidencia exige que el ginecobstetra comprenda y aplique principios de epidemiología clínica, que realice búsquedas bibliográficas eficientes y que lleve a cabo una apreciación crítica de esa información para resolver los problemas clínicos y tomar las mejores decisiones posibles».³²

Los resúmenes médicos basados en la evidencia son esquemas sinópticos con rigor científico acerca de tópicos clínicos específicos, entre ellos el embarazo, la fetología, el parto y la salud femenina; que incluyen pruebas diagnósticas, pronósticos y etiología. Estos resúmenes están disponibles en las bibliotecas médicas y hospitales importantes, y superan a los artículos comunes porque se basan en revisiones sistemáticas y en los mejores estudios disponibles, descartando las publicaciones de dudoso interés científico y de deficiente rigor metodológico.

Los protocolos prácticos basados en la evidencia están disponibles para guiar las decisiones clínicas. Las etapas y lineamientos para su diseño son definidos por instituciones y organizaciones de gran prestigio internacional. «La intención general de los lineamientos para la práctica es informar las decisiones

³⁰ Ibid. p. 1116.

³¹ Ibid. p. 1118.

³² Ibid. p. 1118.

médicas y disminuir las variaciones en la atención por medio de la influencia sistemática sobre las decisiones clínicas». ³³

Las guías, manuales y normas técnicas del Ministerio de Salud y las entidades territoriales son reglamentaciones acerca de la atención que debe brindarse a los pacientes para lograr los estándares exigidos por el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad (SOGC), cuya violación lleva implícita la culpa siempre que su inobservancia tenga una correlación jurídica con el evento lesivo. ³⁴

El cumplimiento de los parámetros exigidos por la *lex artis medicorum* otorga significado a la noción de “buen técnico o profesional de la medicina”, pues ésta sin aquélla es un concepto vago, impreciso e imposible de ser tomado como patrón objetivo para la determinación de la culpa médica. La expresión “buen técnico o profesional de la medicina” sólo adquiere sentido cuando se contrasta con los criterios aportados por el conocimiento científico afianzado, porque de lo contrario se estaría admitiendo como patrón de prudencia o buena praxis médica un comportamiento no profesional basado en la intuición, la mera costumbre, la aplicación irracional de lineamientos, la experiencia no sistemática y el diagnóstico con base en el “ojo clínico”, más cercanos a las prácticas mágicas o supersticiosas que a la medicina fundamentada en la evidencia científica.

2. Valoración de las pruebas en el caso concreto.

En el fallo de casación quedaron demostrados los errores que cometió el Tribunal al no valorar el acervo probatorio según las reglas de la sana crítica, lo que comportó una sentencia desprovista de motivación razonada sobre los hechos probados en el proceso.

A fin de no incurrir en repeticiones innecesarias, esta fase del fallo de remplazo se concretará a exponer las hipótesis que están soportadas en el análisis individual y conjunto de las pruebas que demuestran la presencia de todos los elementos estructurales que consagra el artículo 2341 del Código Civil para endilgar responsabilidad civil a la entidad demandada.

³³ Ibid. p. 1119.

³⁴ SC 13925 del 30 de septiembre de 2018. Rad. 2005-00174-01.

Con relación a la prueba del daño a la salud, está demostrado que el menor Juan Sebastián Sanabria nació flácido, sin patrón respiratorio, cianótico y poco reactivo a estímulos externos; hallándose líquido amniótico meconiado (meconio reciente) y Apgar de 3-6-8 [folio 16]. La impresión diagnóstica fue de asfixia perinatal (del nacimiento) leve y moderada, aspiración y deglución de sangre materna. Sin embargo, en otras partes de la historia clínica se afirma que se trató de una asfixia severa [folios 387, 575]. Al nacer se evidenció cordón umbilical teñido de meconio más meconio reciente; muestra de gases de cordón insuficiente e inadecuada; gases del recién nacido evidencian acidosis metabólica. [Folio 18]

Las repercusiones de estas complicaciones intraparto en la salud del menor han sido muchas y muy graves, entre las cuales se mencionan crisis convulsivas; epilepsia multifocal sintomática secundaria a hipoxia perinatal; hemorragia intraventricular; síndrome de West; aumento de tono en hemisferio izquierdo; versión ocular a la izquierda; cianosis perioral; palidez de 30 a 40 segundos y posicatal de somnolencia; sacudida de 1 a 3 segundos en salvas de extensión tónica simétrica de los miembros superiores y los inferiores; crisis tónica generalizada de 1 minuto de duración; crisis focales complejas de 30 segundos a 1 minuto de duración con cianosis y posicatal; retraso del desarrollo neurológico global y psicomotor; hipertensión pulmonar severa; entre otros. [Folios 137, 387]

El daño a la salud del menor está demostrado, por lo que se hace necesario realizar a continuación el juicio de reproche culpabilístico que se atribuye a la entidad demandada, a partir de la demostración de la violación de la *lex artis medicorum*, conformada por los conceptos de los expertos, las normas técnicas, las guías y los protocolos científicos que describen los procedimientos que debió seguir el personal médico tratante a la luz de la medicina evidencial, tal como se explicó con precedencia en esta parte considerativa.

Según el concepto del especialista en neurología neonatal Francisco Aldana Valdés, la parte fundamental para establecer si la parálisis cerebral y minusvalía sufrida por el menor son consecuencias atribuibles a la atención tardía del parto, es la valoración del riesgo por parte del obstetra para determinar si hay o no sufrimiento fetal, es decir si el niño está haciendo

alteraciones en el útero por infecciones en el parto, anomalías genéticas o procesos degenerativos, en cuyo caso se debe proceder a la cesárea para evitar sufrimiento por parto prolongado. [Folio 338]

Lo anterior es confirmado por la Norma Técnica del Ministerio de Salud para la Detección Temprana de Alteraciones del Embarazo, según la cual se debe vigilar la evolución del proceso de la gestación de tal forma que sea posible prevenir y controlar oportunamente los factores de riesgo bio-psico-sociales que inciden en el embarazo.

En la historia clínica no hay ningún registro de los controles prenatales realizados a la gestante, ni mucho menos que se le haya hecho una evaluación completa por sistemas para establecer los factores de riesgos biológicos, psicológicos y sociales asociados al proceso de la gestación, y determinar el plan de controles.

Por el contrario, lo que se evidencia a partir de la valoración de ese documento es que no hubo continuidad ni integralidad en la atención, pues a pesar de los constantes episodios de síncope, migraña, precordialgias y tensión emocional padecidos por la gestante, no hubo un manejo de su estado de salud de conformidad con los estándares de la medicina.

Tampoco aparece consignado en la historia clínica que al feto se le hayan hecho los exámenes y pruebas diagnósticas de rigor que prescribe el conocimiento médico afianzado para conocer su estado de bienestar y sus posibles manifestaciones de sufrimiento en el útero. (Ver resolución de los cargos en casación)

Está probado, según lo explicó el neonatólogo Francisco Aldana Valdés, que los síntomas que presentó la paciente días antes del parto eran indicativos de sufrimiento fetal y de una posible hipoxia perinatal que ameritaba la realización de exámenes rigurosos al feto, los cuales no se hicieron según lo muestra la historia clínica.

De igual modo, está acreditado que para los casos similares, la especialidad médica prescribe la práctica de la cesárea, toda vez que es muy probable que el feto no tenga la fuerza suficiente para resistir un parto natural, de suerte que esta operación es la recomendada para evitar los daños que sufrió el neonato y que lo

dejaron en condición de parálisis cerebral y minusvalía permanente.

También quedó demostrado que el cordón umbilical teñido de meconio reciente, la acidosis metabólica, la asfixia perinatal y la deglución de sangre materna, son signos que la ciencia médica describe como síntomas de sufrimiento fetal; mientras que la circunstancia de que fuesen recientes al momento del nacimiento indica, con un alto grado de probabilidad, que de haber recibido la gestante y el feto una atención oportuna y necesaria según los signos que presentaba la embarazada desde hacía varios días, no se habría producido la lesión neurológica en el recién nacido.

Todas estas circunstancias, valoradas en conjunto según las reglas de la sana crítica, indican que la atención deficiente, imperita y negligente que recibieron la gestante y su producto, fue el factor decisivo que ocasionó los daños cuya indemnización se reclama.

Al estar probados todos los elementos de la responsabilidad que se atribuye a la EPS demandada, es preciso adentrarse en el análisis de las excepciones formuladas por esta entidad.

3. Decisión de las excepciones.

3.1. Prescripción

La entidad demandada adujo que la acción para la reparación del daño que pueda ejercitarse contra terceros responsables está prescrita, según lo dispone el inciso segundo del artículo 2358 del Código Civil, pues la demanda se presentó con posterioridad a los tres años contados desde la perpetración del acto.

Frente a tal argumento, es preciso memorar que esta Corte, a partir de la sentencia de 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC), ratificada en fallos posteriores, adoptó la doctrina según la cual la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es directa, cualquiera que sea la posición de sus agentes productores del daño dentro de la organización.³⁵

³⁵ SC del 17 de abril de 1975 y SC del 28 de octubre de 1975.

El fundamento jurídico de esta postura fue explicado en fallos recientes, en los que se reiteró que *«la responsabilidad de las personas jurídicas es directa y tiene su fundamento normativo en el artículo 2341 del Código Civil, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia de esta Corte desde mediados del siglo pasado»*.³⁶

En consecuencia, al ser la persona moral demandada un agente que incurre en responsabilidad directa y no un “tercero responsable”, la prescripción que regula esta acción es la decenal consagrada en el artículo 2536 del Código Civil.

La excepción de prescripción extintiva, por tanto, está condenada al fracaso.

3.2. Las excepciones de *“cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas legales vigentes por parte de la EPS Sanitas”; “inexistencia de la obligación indemnizatoria”; “ausencia de responsabilidad de EPS Sanitas”; y “ausencia de culpa por parte de la EPS Sanitas S.A.”*, se sustentaron en las mismas razones, a saber: que el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 impone a la EPS la responsabilidad de afiliación, registro de los afiliados y recaudo de las cotizaciones, sin que tenga ninguna injerencia en los procesos de atención en salud que se brindó a la demandante en la Clínica Universitaria Colombia.

En contra del anterior razonamiento, cabe aclarar que no es cierto que la responsabilidad de las EPS se circunscribe a sus funciones estrictamente administrativas en relación con el acceso de los usuarios a la red de salud, pues según el artículo 177 de la ley 100 de 1993, las empresas promotoras de salud tienen como función básica *“organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)”*. Luego, las EPS son responsables directas por la prestación del servicio de salud que reciben los usuarios.

En el mismo sentido, los artículos 178, 179 y 180 de la ley 100 de 1993, señalan que las entidades promotoras de salud tienen el control sobre la calidad de la prestación del servicio, como bien se explicó líneas arriba.

³⁶ SC13630 del 7 de octubre de 2015, rad. 2009-00042-01, y SC13925 del 24 de agosto de 2016, rad. 2005-00174-01.

Vale la pena reiterar, que el artículo 14 de la ley 1122 de 2007 impuso a las EPS la responsabilidad de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento en salud, que incluye la garantía de calidad en la prestación de los servicios de salud, en los siguientes términos:

«Para efectos de esta ley entiéndase 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». [Se resalta]

Por consiguiente, fue la misma ley la que asignó a las Entidades Promotoras de Salud de ambos regímenes la obligación de representar a los afiliados ante las instituciones prestadoras, garantizar la calidad de los servicios de salud y asumir el riesgo transferido por el usuario mediante el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el POS.

Finalmente, el artículo 3º de la ley 1438 de 2011 estableció: *«Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada».* Esta obligación de brindar una atención en salud oportuna, integral y de calidad implica un enfoque sistémico que involucra la responsabilidad de todos los miembros de la organización encargada de la prestación del servicio de salud.

El paradigma de sistemas es imprescindible para comprender el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud y del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención en Salud, contenidos en el marco normativo que se ha reseñado con precedencia; así como para la atribución de responsabilidad civil a sus agentes.

Según la Teoría General de Sistemas, utilizada por esta Corte como marco conceptual para explicar el fundamento de la responsabilidad civil de las personas jurídicas estructuradas en forma de sistemas no psíquicos u organizativos (SC 13925 del 24

de agosto de 2016), los elementos o miembros de la organización deben ser capaces de interactuar entre sí de manera coordinada (sinergia) mediante el empleo de herramientas o estándares de acción claros y precisos encaminados al logro de resultados exitosos o de alta calidad, cuyo incumplimiento entraña un juicio de reproche culpabilístico cuando se traduce en daños previsibles ocasionados a las personas.

Este enfoque en materia de mejoramiento de la calidad en salud involucra tres ideas básicas: un conjunto de elementos; que interactúan entre ellos de manera coordinada; y buscan unos objetivos bien definidos para dar respuesta a las necesidades de los usuarios. *«Un punto que no se puede perder de vista en el desarrollo de ese enfoque sistémico, es que el cambio tiene que impactar directamente sobre los usuarios, de otra forma no sirve».*³⁷

No obstante que los miembros del sistema tienen existencia separada y cumplen funciones diferentes, no actúan de manera autónoma o aislada, pues hay un fuerte engranaje entre ellos que hace que la conducta de cada uno se defina en relación con los otros y con el sistema total. Esta interrelación es lo que permite materializar los principios de continuidad e integralidad de la atención en salud de calidad. Una de las características más sobresalientes del marco legal de calidad de la atención en salud es que independientemente de la estructura jerárquica administrativa que adopten las empresas promotoras y prestadoras del servicio, para efectos de garantizar una atención de calidad es irrelevante el grado de subordinación que exista entre los componentes del sistema, es decir que frente a los resultados esperados por los usuarios no hay componentes más importantes que otros.

De conformidad con este marco legal, las EPS son garantes de la prestación del servicio de salud de calidad que brindan a sus usuarios; por lo que deben responder civilmente por los perjuicios que les ocasionan en despliegue de sus funciones cuando éstos son imputables a aquéllas, tal como ocurrió en el presente caso, en el que quedó demostrado que los daños sufridos por los demandantes por la lesión a la salud del menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano son atribuibles a la culpa de la entidad demandada por infracción de la *lex artis medicorum*.

³⁷ Ministerio de la Protección Social, Carlos Kerguelén Botero. Calidad en salud en Colombia. 2008 pp. 72 y 73.

No prosperan, por tanto, las excepciones que se han examinado.

3.3. Fuerza mayor o caso fortuito.

Quedó demostrado en la valoración del acervo probatorio que el menoscabo a la salud del menor no fue un hecho imprevisible, pues los criterios de la medicina evidencial señalan que los síntomas que presentó la gestante en el parto indicaban con gran probabilidad un estado de sufrimiento fetal que ameritaba unos procedimientos de prevención de resultados adversos claramente descritos en los estándares científicos y en las reglamentaciones administrativas sobre atención al parto, los cuales fueron incumplidos por la entidad demandada.

En consecuencia, al estar probada la culpa de la EPS y su correlación de imputación con el daño sufrido por los pacientes, no es posible afirmar que los perjuicios se debieron a una causa extraña o al infortunio. Por ello no prospera esta excepción.

3.4. Ausencia de carga probatoria de la demandante.

Afirmó que *“no se encuentra probado en la demanda”* que los daños sufridos por el menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano fueron ocasionados por la atención médica retardada y defectuosa que le brindó la EPS demandada; por lo que los actores pretenden eximirse de la carga probatoria que les asiste según el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, vale la pena aclarar que la carga probatoria es una regla de juicio dirigida al sentenciador al momento de motivar la decisión de fondo del litigio, por lo que no es posible que *“en la demanda”* existan elementos de conocimiento suficientes para sustentar el enunciado sobre los hechos probados en el proceso.

En el caso *sub judice*, el análisis individual y en conjunto de las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica, demostró la presencia de todos los supuestos de hecho que exige la norma sustancial que consagra la declaración de responsabilidad civil, tal como se explicó líneas arriba; lo que se estima suficiente para negar la excepción.

No obstante, con el fin aclarar el concepto de *‘carga de la prueba’* y su diferencia con el *‘deber de aportar pruebas’*, es necesario realizar la siguiente precisión doctrinal.

- La carga de la prueba y el deber-obligación de aportar pruebas.

1. La *carga de la prueba* es una de las instituciones del derecho probatorio que ha alcanzado mayor estatus de universalidad debido a su presencia en casi todos los ordenamientos de los países occidentales. Sin embargo, al estudiar la función que esta figura ha desempeñado en los diferentes sistemas jurídicos, se puede constatar que se le han atribuido distintos significados, dependiendo de las particularidades del contexto histórico, social y político que se analice.

Una investigación histórico-nominal permite encontrar el rastro del término *onus probationis* en un fragmento de las institutas de Paulo citado en el Digesto de Justiniano (533 d.C.), con relación al tema específico de la prueba del pago de lo no debido;³⁸ mas no como principio general, sino como explicación de un caso concreto, pues en el derecho romano las reglas jamás tuvieron la condición de postulados generales.³⁹

Lejos de instaurar una regla general de carga de la prueba en cabeza del actor, durante todo el derecho romano clásico y bizantino perduró la costumbre de atribuir a ambas partes el peso de aportar las pruebas según las circunstancias particulares de cada situación, es decir al libre arbitrio del juez, quien además podía proferir un *non liquet* por falta de claridad sobre los hechos, si así lo estimaba pertinente.

En el derecho romano-visigótico que marcó fuertemente la tradición jurídica hispana y francesa, tampoco existió algo parecido a la regla de la carga de la prueba. En el *Codex Visigothorum* (654 d.C.) se recogió una ley atribuida a Chindasvinto (563-653) en la que se dice que corresponde probar tanto al *petente* como a quien éste hace la petición según las necesidades del caso y el criterio del juez;⁴⁰ regla que en materia de aportación de pruebas es mucho más general y expresiva que cualquiera de las alusiones probatorias contenidas en el Código de Justiniano.

En las Siete Partidas se consagró como regla general que al demandante le corresponde aportar las pruebas de sus afirmaciones, y que las negaciones no se prueban porque las

³⁸ Libro XXII, Título III, 25, § 3

³⁹ Digesto, 50.17.1

⁴⁰ Liber Iudiciorum. Liber II, Titulus II, VI

cosas que no son no se pueden probar ni mostrar: «*Frueba es averiguamiento que se face en juicio en razon de alguna cosa que es dubdosa: et naturalmente pertenesce la prueba al demandador quando la otra parte le negare la demanda, ó la cosa ó el fecho sobre que le face la pregunta; ca si lo non probase deben dar por quito al demandado de aquella cosa que non fue probada contra él, et non es tenuta la parte de probar lo que niega porque non lo podrie facer, bien asi como la cosa que non es, non se puede probar nin mostrar segunt natura: otrosi las cosas que non son negadas en juicio non las deben nin las pueden probar aquellos que las niegan sinon en auquella manera que diremos adelante en las leyes deste título*».⁴¹

En el derecho premoderno, en fin, jamás existió un concepto de carga de la prueba similar al que se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento procesal como axioma de conformación de la decisión judicial, pues antes del surgimiento del estado-nación las normas no estaban organizadas bajo el concepto de sistema,⁴² ni existía la noción de jerarquía normativa, ni eran proposiciones jurídicas (formadas por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica),⁴³ en virtud de las cuales los jueces tienen que ceñirse al modo racionalista de motivar las sentencias, esto es atendiendo únicamente a si encuentran o no probados los presupuestos fácticos contenidos en las leyes sustanciales.

Es más, ni siquiera el Código Civil francés de 1804, con sus pretensiones de racionalidad y sistematización, contiene una definición de carga de la prueba como principio general dirigido al juez para la definición del fondo del litigio, dado que ese ordenamiento sólo concibió una norma de aportación de pruebas circunscrita al derecho de las obligaciones: «*El que pide el cumplimiento de una obligación, debe probarla. Viceversa el que pretende librarse de ella debe justificar la paga o el hecho que produjo la extinción de su obligación*». (Art. 1315)

Una idea similar se incorporó en el artículo 1757 de nuestro Código Civil, a cuyo tenor: «*incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*».

La anterior expresión de la ley sustantiva es absolutamente distinta al concepto de carga de la prueba que consagró nuestro ordenamiento adjetivo, según el cual lo que incumbe probar no son las obligaciones o su extinción, sino los hechos descritos en

⁴¹ Partida III, Título XIV. Ley 1ª

⁴² «*La ciencia jurídica como conocimiento sistemático del derecho positivo existe a partir de la revolución copernicana de Kant y es obra de Savigny*». En: Luis NUÑEZ LADEVÉZE. Lenguaje jurídico y ciencia social. Madrid Akal, 1977. p. 126.

⁴³ Para la distinción entre norma y proposición normativa ver Juan Carlos BAYÓN. Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas. En: Problemas lógicos en la teoría práctica del Derecho. Madrid Fontamara, 2011. p. 27.

el supuesto fáctico de la norma sustancial, por cuya virtud esta última determina el efecto jurídico o la existencia del vínculo jurídico que no se precisa por vía probatoria sino mediante una operación lógica que, eso sí, parte de un hecho probado.⁴⁴

Esta idea se incorporó al artículo 593 del Código Judicial (Ley 105 de 1931), en los siguientes términos:

«Toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de uno y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente Título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas».

No hay, por tanto, ninguna razón para considerar que la noción contenida en el artículo 1757 del Código Civil es errónea o incompleta en comparación con la que consagra el derecho adjetivo, o que ésta es una ‘superación’ o ‘perfección de aquélla’, dado que entre ambas instituciones no puede establecerse una relación de evolución, continuidad o progreso, porque obedecen a distintas finalidades y pertenecen a diferentes niveles de sentido.

La concepción contemporánea de la carga de la prueba como regla de conformación de la decisión judicial a menudo ha sido confundida con las locuciones latinas ‘*onus probandi incumbit actori*’, ‘*incumbit probatio qui dicit, non qui negat*’, y otras similares, en las cuales se ha querido ver el germen de la teoría de la carga de la prueba, cuando lo cierto es que los romanos jamás idearon algo semejante, ni siquiera remotamente, porque sus múltiples máximas sobre quién y cómo se prueba (*loci ex auctoritate*) siempre fueron técnicas concretas (*ars inveniendi*) para elaborar sus *argumenta in iudicio*.⁴⁵

2. La regla de la carga de la prueba de nuestro sistema jurídico tuvo su origen histórico-conceptual en el derecho moderno, como expresión de la máxima: ‘*veritas non auctoritas facit iudicium*’, atribuida a Edward Coke y explicada por Giambattista Vico en la frase ‘*lo cierto proviene de la autoridad así como lo verdadero proviene de la razón*’.⁴⁶

⁴⁴ Jean CARBONNIER. Derecho civil t. I, vol. I. Barcelona Bosch, 1980. p. 206.

⁴⁵ Los *loci* (topoi en griego) eran instrumentos para hallar o inventar razonamientos probatorios. En: M.T. CICERÓN Tópicos a Cayo Trebacio

⁴⁶ Luigi FERRAJOLI. Principia iuris. t. I, pp. 15-111, 113.

El postulado racionalista que afirma que es la verdad y no la autoridad la que fundamenta la decisión judicial instauró el principio supremo del derecho procesal contemporáneo, según el cual el fin institucional del proceso es la averiguación de la verdad de los hechos en que se funda la controversia, como presupuesto necesario para poder acceder a la consecuencia jurídica que consagra la norma sustancial que rige el caso.

El Código de Procedimiento Civil adoptó esa fórmula en los siguientes términos: *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*. (Art. 177)

Tal disposición instituyó una regla de conformación de la decisión judicial que ordena al juez cómo motivar sus conclusiones sobre el fondo del litigio, según encuentre o no probados los supuestos de hecho previstos en la proposición normativa de carácter sustancial que es la base esencial del fallo. Al mismo tiempo y de manera indirecta, señala a las partes la consecuencia que han de soportar si no quedan demostrados en el proceso todos los elementos estructurales del instituto jurídico que rige su controversia, que se traducirá indefectiblemente en la frustración de sus pretensiones.

A partir de los postulados de coherencia, integralidad y plenitud del sistema jurídico se deduce que el ordenamiento positivo prevé todas las soluciones de los casos que lleguen a presentarse en la práctica, por lo que no es factible que los jueces rehúsen juzgar pretextando ausencia, oscuridad o insuficiencia de la ley. De igual modo, salvo en contados casos, está proscrito proferir un *non liquet* o fallo inhibitorio por falta de elementos materiales, dado que en virtud de la regla sustancial de la carga de la prueba, ante la falta de demostración de la causa *petendi* el juez debe resolver definitivamente la controversia mediante sentencia absolutoria.

Entre los tratadistas de habla hispana sobresale la definición de DEVIS ECHANDÍA, para quien *"quizá el aspecto más importante de este concepto es el reconocimiento de que esencialmente es una regla de juicio dirigida al juez, que le señala el modo de decidir en el fondo cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan las pretensiones y excepciones en cada proceso; (...) simultánea e indirectamente, dicha regla determina qué hechos debe probar cada parte para no resultar perjudicada cuando el juez la aplique (...), puesto*

*que, conforme a ella, la decisión debe ser adversa a quien debía suministrarla, y, por tanto, le interesa aducirla para evitar consecuencias desfavorables. (...) La carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser necesariamente quien presente o solicite la prueba del hecho que fundamenta su pretensión o excepción, sino que señala apenas a quién interesa la demostración de ese hecho en el proceso».*⁴⁷

La carga de la prueba, en palabras del citado jurista, *«viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos»*, lo que significa que es un reemplazo o sustituto de la prueba de los hechos, es decir que el juez decide como si existiera prueba de la falsedad de los hechos invocados, cuando en realidad lo que ocurre es que no hay prueba de los mismos: ni de su falsedad ni de su veracidad.

Este axioma de cierre cumple una labor lógico-sustancial en la medida que ordena al juez, al momento de realizar el razonamiento decisorio, que sólo declare la consecuencia jurídica prevista en la norma si encuentra probado el supuesto de hecho que ella consagra. De ahí que la disposición sobre la carga de la prueba es una norma sobre el mérito de la decisión, más que una regla de tipo instrumental.⁴⁸

La funcionalidad de la carga de la prueba –explica ROSENBERG– se evidencia siempre *«que no se aclare en todos sus detalles el acontecimiento que motiva el pleito, o que no puedan comprarse ni como verdaderas ni como falsas, ciertas circunstancias que son importantes para la decisión judicial»*.⁴⁹

En realidad, la ausencia de prueba sobre la verdad o falsedad de los hechos indica que el juez no tiene elementos de juicio para fallar, lo que debería aparejar una decisión inhibitoria. Sin embargo, el querer del legislador es que esa circunstancia no obste para adoptar una decisión definitiva sobre el mérito del litigio, y en virtud de la invocación de la regla de cierre de la carga de la prueba el juez puede emitir la siguiente declaración: *“se niegan las pretensiones porque no se probó lo que debió quedar probado”* (criterio racionalista); que no es lo mismo que decirlo a una de las partes: *“perdiste porque no probaste”* (criterio adversarial puro, persuasivo o de ventaja competitiva).

⁴⁷ Teoría general de la prueba judicial, I I Bogotá Temis, 6ª ed., 2012, p. 405

⁴⁸ Eduardo PALLARES. Derecho procesal civil. México: Porrúa, 1981. p. 378.

⁴⁹ Leo ROSENBERG. La carga de la prueba. Buenos Aires, 1956. p. 1.

*«De este modo obtenemos el principio de la carga de la prueba: aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se dan en el acontecimiento real, o –dicho más brevemente– soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable».*⁵⁰

La carga de la prueba, por tanto, está siempre referida a la demostración de los presupuestos fácticos señalados por el precepto jurídico general, impersonal y abstracto aplicable al caso concreto, y éstos únicamente son expresados por la respectiva norma sustancial o por presunciones legales, sin que sea dable al juez crear o suprimir ingredientes normativos a su antojo, so pena de incurrir en una aplicación indebida o en una interpretación errónea de la ley sustancial. De ahí que siendo la carga de la prueba una regla de conformación sintáctica de la decisión judicial, los detalles de su *distribución* únicamente pueden estar preestablecidos por la norma sustancial que rige la controversia, o bien por una presunción de tipo legal, pero jamás por una invención de estirpe judicial.

*«La primera y única condición de una distribución acertada de la carga de la certeza y de la prueba es, por lo tanto, el análisis y la descomposición de los preceptos jurídicos y de sus características».*⁵¹

Si el derecho sigue siendo derecho, entonces la solución del caso concreto tiene que sustentarse –sin excepciones– en la demostración de los presupuestos fácticos requeridos por la ley general, impersonal y abstracta, sin importar a quién corresponde aducir las pruebas de tales supuestos en virtud del principio de la comunidad de la prueba.

No es posible variar o distribuir la carga de la prueba de los elementos fácticos descritos en las distintas normas sustanciales sin que se viole el sentido original de las mismas, por lo que dicha infracción ameritaría el quiebre del fallo que haya incurrido en tal error, de conformidad con la respectiva causal de casación.

⁵⁰ *Ibid* p. 11.

⁵¹ Leo ROSENBERG. *Op. cit.* p. 107.

En los casos de responsabilidad civil extracontractual, por ejemplo, la declaración de la consecuencia jurídica que prevé el artículo 2341 exige que estén probados todos los supuestos de hecho que consagra esa disposición. Luego, “distribuir” judicialmente la carga de la prueba e “imponérsela” al demandado (sin importar cuál sea la causa de esa alteración) aparejaría el resultado de condenarlo tanto cuando logra demostrar el supuesto de hecho que se le exige, como cuando no lo hace; lo que equivaldría a aplicar una norma sustancial creada por el juez, o –lo que es lo mismo– fallar sin ley preexistente; destruyendo de esa forma el principio de legalidad como pilar esencial del sistema jurídico.

Condenar al demandado sin que esté probada la culpa significaría resolver la controversia a la luz de la responsabilidad objetiva, o convertir la responsabilidad por culpa probada (2341) en responsabilidad por culpa presunta (2356). De igual modo, fallar en contra del convocado a juicio sin prueba de la imputación del hecho al agente equivaldría, ni más ni menos, que a hacerlo responder por algo que no le es jurídicamente atribuible.

Distribuir judicialmente la carga de la prueba de los supuestos fácticos que contienen las proposiciones normativas implicaría al mismo tiempo alterar la prueba de los hechos en que se soportan las excepciones, pues no es posible que se cambie la carga de la prueba de los supuestos fácticos de la pretensión sin que al mismo tiempo se afecte la carga de la prueba de los hechos en que se basa la excepción; tergiversando todo el sentido de la ley sustancial y socavando las bases del derecho.

Por ejemplo, en los casos de restitución de tierras, en los que el demandante está amparado por unas presunciones que lo eximen de probar el requisito del despojo (art. 77, Ley 1448 de 2011), una eventual distribución de la carga de la prueba que asiste al demandado para desvirtuar tales presunciones, atribuyéndosela judicialmente al demandante, supondría necesariamente acabar con el mandato legal, creando un régimen absolutamente distinto al que consagró el legislador.

De modo similar, en los casos de responsabilidad objetiva en los que el demandado soporta las consecuencias de no probar las causales eximentes de responsabilidad en que haya fundado sus excepciones, una distribución judicial de esa carga probatoria sería tanto como imponerle al demandante la carga de probar el

supuesto de hecho que la ley sustancial no exige (la culpa), lo que comportaría una completa suplantación de la norma positiva que rige el caso.

Lo que es predicable para estos ejemplos es válido para todo tipo de controversia judicial, pues la única consecuencia que se deriva de acceder a las pretensiones o excepciones sin que estén demostrados los supuestos de hecho en que se fundan unas y otras, sería fallar sin pruebas; lo que resulta contrario a nuestro sistema de derecho probatorio, que se sustenta en el principio de la necesidad de la prueba.

Esta es, precisamente, la consecuencia que se obtiene de confundir el concepto de 'carga de la prueba' con el 'deber de aportación de pruebas', atribuyéndole a aquél una función que no está llamado a desempeñar.

La distribución de la carga de prueba, en suma, no depende de las particularidades de cada caso concreto, ni de la actuación de las partes dentro del proceso, ni de su mayor o menor cercanía con las evidencias, sino que se deduce exclusivamente de la estructura de la relación jurídica material que ha de decidirse, y por tanto siempre está prefigurada por la norma sustancial de carácter general, impersonal y abstracto, es decir que está dada de manera *a priori* y el juez no puede desconocerla o variarla sin que altere el mandato de la ley sustancial. Una cosa es la conformación de los enunciados fácticos a partir de los 'esquemas de problemas' (*tópicos*) que plantean los casos específicos, y otra bien distinta es crear y aplicar una norma jurídica nueva para cada situación particular, lo cual nunca ha sido, no es, ni puede ser derecho.

Permitir que el juez decida en cada caso concreto qué elementos estructurales de la ley sustancial han de quedar demostrados en el proceso y cuáles no (casuismo jurídico), supondría una completa incoherencia del derecho como sistema que garantiza expectativas fiables y estables; pues ello sería tanto como regresar a los tiempos en que imperaba la arbitrariedad por desconocimiento del principio de legalidad.

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*.

3. Algo muy distinto ocurre con otra regla que, aunque tiene tanta importancia como la anterior, no es un mandato legal dirigido al sentenciador al momento de aplicar el derecho al caso concreto, sino una orden que el juez da a una de las partes en la fase de recopilación del acervo probatorio, para que suministre las pruebas que se necesitan al interior del proceso a fin de demostrar las hipótesis fácticas previstas en las normas sustanciales en que se ha de fundamentar la decisión. La anterior distinción ha sido establecida por la ciencia del derecho procesal, al diferenciar entre los actos que incumben al órgano judicial y los actos que corresponden a las partes.⁵²

El *deber-obligación de suministración o aportación de pruebas* es funcionalmente distinto de la regla de clausura de la carga de la prueba, pues no es un mandato dirigido al juez para que se abstenga de declarar la consecuencia jurídica que la ley positiva tiene prevista ante la falta de demostración de los supuestos de hecho que ella consagra, sino que está orientado a reglar la actividad probatoria de las partes con sujeción a razones de justicia, equidad, lealtad procesal, buena fe, cooperación, solidaridad y consecución de la verdad material.

El requerimiento que el juez hace a una de las partes para que aporte el material probatorio que está a su disposición no es ni puede ser una carga, pues las cargas son actos de mera liberalidad que los sujetos procesales pueden realizar o no como a bien lo tengan, y que han de ejercitar para su propia conveniencia si quieren obtener éxito en el proceso. La figura de la carga se distingue del deber en que su cumplimiento es de interés exclusivo del sujeto que de ella está investido, mientras que el interés en el cumplimiento del deber lo tiene el acreedor o derechohabiente. De ahí que la principal característica de la carga frente al deber es su incoercibilidad.

⁵² F. CARNELUTTI. *Instituciones del proceso civil*. t. I. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1956. p. 438. || Giuseppe CHIOVENDA. *Instituciones de derecho procesal civil*. Vol. I. Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado, 1948. p. 52. || Manuel DE LA PLAZA. *Derecho procesal civil español*, Madrid: Edit. Revista de Derecho Privado, 1942. p. 392.

El deber-obligación de aducir pruebas, por el contrario, es una verdadera constricción que el juez impone a una de las partes según ciertas condiciones que justifican tal proceder (señaladas en el inciso segundo del artículo 167 del Código General del Proceso), cuyo resultado no está dirigido a beneficiar al obligado sino que se establece en interés de la contraparte que se halla en una enorme desventaja probatoria por encontrarse en estado de indefensión, incapacidad u otras circunstancias similares.

Este deber-obligación concretiza un ideal de justicia distributiva cuando autoriza al juez a ordenar el suministro de pruebas a la parte que está en mejores condiciones de proveerlas; no está dirigido al sentenciador al momento de decidir el litigio sino a las partes en las etapas en las que es posible y necesario incorporar al proceso los elementos materiales que se requieren para el descubrimiento de la verdad; y su inobservancia por renuencia de la parte obligada a colaborar con la práctica de las pruebas no apareja la declaración de la consecuencia jurídica que consagra la norma sustancial, sino un indicio de conducta que ha de valorarse desde el punto de vista de la libre apreciación racional de las pruebas (arts. 71-6, 249 CPC; y 78-8, 241 CGP); sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que puede imponer el juez por incumplimiento de sus órdenes (art. 39-1 CPC y 44-3 CGP).

La carga de la prueba responde a las preguntas *'qué debe probarse y quién soporta las consecuencias de la ausencia de prueba'*, y ya se dijo que lo que se debe probar son los supuestos de hecho consagrados en la norma sustancial, de suerte que en ausencia de su demostración, el juez deberá negar la declaración del efecto jurídico previsto en la ley. El deber de ministración de las pruebas, en cambio, obedece a la cuestión de *'quién está obligado a aportar ciertas pruebas por estar en mejores condiciones de hacerlo'*, es decir cuál de las partes está compelida a allegar los elementos materiales de conocimiento sobre los hechos en razón de su mejor posición o cercanía con los mismos.

En adelante –previene ROSENBERG– será imposible combatir el concepto de la carga de la certeza y las consecuencias que resultan de él, con argumentos sacados del concepto de la carga subjetiva de la prueba, y a la inversa oponerse a esta última con razones sólo comprensibles desde el punto de vista de la carga objetiva de la prueba, o bien luchar contra uno de los dos conceptos por la única razón de que se es partidario del otro.⁵³

⁵³ Leo ROSENBERG. La carga de la prueba. Buenos Aires, 1956 p. 16

Aquello que el citado jurista denominó "*carga subjetiva de la prueba*" (de manera inapropiada, como él mismo lo reconoció, a falta de habersele ocurrido un término más atinado), no es más que el deber-obligación de aportación de pruebas; dando lugar esa imprecisión nominal a una confusión conceptual de mayores proporciones que apenas en la actualidad comienza a despejarse.

No es acertado, entonces, tratar de aprehender el concepto de carga de la prueba y su exclusiva distribución legal con argumentos dirigidos a explicar el deber que asiste a las partes (o la obligación que se les impone) de suministrar las pruebas según se encuentren en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos; ni mucho menos intentar solucionar un problema práctico de aportación de pruebas por medio de una figura que desempeña una función absolutamente distinta en el sistema jurídico, esto es servir de presupuesto lógico normativo para la correcta formación de la decisión judicial.

La confusión conceptual de ambas reglas; de su origen histórico; de la función que desempeñan en el sistema jurídico; de su respectiva calidad sustancial o procesal; de su naturaleza facultativa u obligatoria; de los momentos procesales en los que tienen aplicación; de sus destinatarios finales (según sean actos de la jurisdicción o de las partes); de a quién beneficia; y de las consecuencias que se derivan de una u otra, ha desdibujado la importancia que cada una de ellas cumple en el proceso; llegándose a creer que la una es la negación, la excepción, la inversión, la flexibilización, la atenuación, la distribución o la dinamización de la otra, cuando en verdad se trata de figuras funcionalmente distintas y autónomas pero compatibles, cuya mutua complementación otorga coherencia y eficacia al subsistema del derecho probatorio.

Desde luego que si en el proceso no están demostrados los supuestos de hecho previstos en la norma sustancial, el juez no puede en ningún caso declarar la consecuencia jurídica que ella consagra, independientemente de a quién se le imponga la obligación de aportar las pruebas que se requieren para la averiguación de la verdad. Lo contrario, por muy buenas intenciones que se esgriman mediante argumentos convincentes, implicaría necesariamente la desfiguración de la ley sustancial y

la toma de partido del juez a favor de una de las partes, lo cual no es admisible bajo ningún pretexto.

La buena voluntad en que se funda la teoría de la distribución judicial de la carga de la prueba sería de estimar si no fuese por los resultados devastadores que se derivan de su sugestiva inconcreción. En efecto, una deficiente actividad probatoria de las partes y del juez siempre puede evitarse mediante el empleo de las reglas de aportación y valoración de pruebas; y sus errores son corregibles mediante los recursos y mecanismos que ofrece el proceso civil, de suerte que las consecuencias adversas que acarrea su uso indebido son siempre humanas y, por tanto, enmendables. En cambio, la desmembración de los presupuestos de las normas sustanciales por medio de la distribución judicial de la carga de la prueba es una circunstancia irremediable, pues una vez que el juez crea estar autorizado para resolver el litigio con base en los supuestos de hecho que estime pertinentes según las circunstancias particulares de cada caso, no habrá posibilidad de hacer un análisis crítico de tal decisión, toda vez que se habrá dejado sin efecto el tenor literal de la norma sustancial, es decir que habrá desaparecido el parámetro objetivo de corrección y derrotabilidad de la sentencia civil.

Por ello es de sumo interés destacar la importancia del correcto entendimiento, ejercicio, alcance y limitaciones de la facultad que tiene el juez de tomar todas las medidas que estén a su disposición para la materialización de la justicia a partir de la consecución de la verdad (art. 37-4 CPC y art. 42-4 CGP), entre las cuales se halla, a no dudarlo, la imposición a una de las partes de la obligación de aportar pruebas si está en mejores condiciones de hacerlo, lo cual fue una medida que tuvo su origen en la jurisprudencia y actualmente está consagrada en el segundo inciso del artículo 167 del Código General del Proceso.

De todo lo expresado se concluye que la única interpretación jurídicamente admisible del mencionado párrafo consiste en entenderlo como una *'regla de aportación o suministro de pruebas'* que se aplica hasta antes de dictar sentencia; siendo absolutamente distinta de *'la regla de cierre de la carga de la prueba'*, pues esta última es un imperativo sobre la correcta conformación de la decisión judicial y no admite excepciones, variaciones ni distribuciones de ninguna índole. Un

entendimiento distinto supondría, de modo inexorable e inútil, el germen de la autodestrucción del principio de legalidad como pilar esencial del sistema jurídico.

Sería inexorable porque es la única consecuencia que se deduciría de una interpretación que otorgue al juez la facultad de descomponer a su antojo los elementos estructurales de las normas sustanciales y exigir la demostración de los que considere pertinentes según las circunstancias particulares de cada caso, convirtiendo la sentencia en una decisión no susceptible de corrección objetiva mediante los recursos que los usuarios sustentan en la exigencia de aplicación de la ley. A fuerza de relajar las normas jurídicas y ablandar los procedimientos probatorios, el derecho derivaría en una mera ideología caracterizada por el deseo, la creencia subjetiva y la pérdida de neutralidad e imparcialidad del juez.

Sería inútil porque la materialización de la justicia por medio del descubrimiento de la verdad con relevancia jurídica no se logra con un aligeramiento de los requerimientos probatorios, en la medida que una hipotética distribución judicial de la carga de la prueba presupondría siempre la desfiguración del precepto sustancial al fingir probados los supuestos de hecho que no pudieron demostrarse en el proceso, lo que lejos de significar un acercamiento a la verdad implicaría un ocultamiento de la misma.

El descubrimiento de la verdad que interesa al proceso no se logra haciendo caso omiso del principio de necesidad de la prueba, sino con la correcta identificación del tema y el objeto de la prueba; con el cumplimiento de las partes del deber-obligación de aportar los elementos de conocimiento que están dentro de sus posibilidades reales; y, obviamente, con la inteligente, acuciosa y esmerada valoración racional de las evidencias por parte del juez.

Aunque en algunas oportunidades esta Sala ha aludido tangencialmente a una supuesta *"distribución judicial de la carga de la prueba"*, lo cierto es que tal conjetura jamás ha sido aplicada para la solución de un caso concreto; y, finalmente, las sentencias en las que se la ha mencionado se han resuelto –como todas las demás–, dependiendo de si en el proceso quedaron o no demostrados todos los supuestos de hecho que exigen las normas sustanciales en que se sustentaron los respectivos litigios.

La distinción funcional de los institutos de *'la carga de la prueba'* y del *'deber-obligación de aportar pruebas'* permite comprender la razón de ser de cada uno de ellos en el proceso, evitando confusiones innecesarias; y, sobre todo, cumpliendo el objetivo deseado de imponer deberes probatorios a la parte que está en mejores posibilidades materiales de hacerlo, sin afectar en lo más mínimo el principio de legalidad al que sirve la regla inamovible de la carga de la prueba.

4. La carga de la prueba no sólo se ha confundido con el deber-obligación de aportación de pruebas, sino que a menudo se invoca una supuesta *"distribución o dinamización de la carga de la prueba"* en casos en los que simplemente se trata de demostrar los enunciados fácticos mediante hipótesis indiciarias.

La construcción, valoración y contradicción de pruebas circunstanciales, indirectas o inferenciales se rige por las reglas específicas que para esos medios probatorios consagra el estatuto procesal, sin que sea admisible confundir tales operaciones del entendimiento con una especie de flexibilización o atenuación del principio de la necesidad de la prueba, pues siempre que existan hechos probados a partir de los cuales se pueda inferir la presencia de una presunción de hombre o de un indicio para demostrar la existencia de otros hechos que no pueden probarse directamente, las partes podrán sugerir o postular las hipótesis circunstanciales en sus alegaciones finales, y el juez tendrá que elaborar en la sentencia el respectivo razonamiento indiciario o presuntivo, según el caso, para evitar incurrir en un vicio de motivación por deficiencias en la valoración material de las evidencias.

Lo anterior, lejos de aliviar las exigencias probatorias, significa un estricto cumplimiento de las mismas en aras de la consecución de la verdad que resulta relevante para la solución del problema jurídico que ha de resolver la sentencia.

5. Finalmente, hay que recalcar que estas precisiones valen para toda clase de controversias judiciales, incluidos los procesos de responsabilidad común por los delitos y las culpas, en general, y los de responsabilidad médica, en particular; por lo que no existe ninguna razón para sostener que la regla contenida en el

segundo inciso del artículo 167 del Código General del Proceso es una excepción al principio de la carga de la prueba, o una incorporación de doctrinas foráneas sobre “distribuciones *ad hoc* de cargas probatorias dinámicas”, cuyo resultado práctico conduciría a una usurpación por parte de los jueces de las competencias propias del legislador, al distorsionar el significado objetivo de las normas sustanciales.

3.5. Indebida y excesiva tasación de perjuicios.

Alegó la demandada que la liquidación del lucro cesante futuro no partió de una base razonable y genera serias dudas acerca de la ganancia económica que habría recibido el menor en el caso de no haber sufrido los daños a su salud.

Para saber si la demandada tiene o no razón en la formulación de esta excepción, es necesario realizar la liquidación del perjuicio correspondiente, por lo que esta defensa se resolverá en el respectivo acápite de la tasación del lucro cesante.

4. Liquidación de perjuicios

Cuando el artículo 2341 del Código Civil dispone que “*el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización*”, se está refiriendo, indudablemente, a la obligación de reparar todos los daños que ocasiona la conducta del civilmente responsable, sean ellos de orden patrimonial o extrapatrimonial.

En armonía con el anterior mandato, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 señala:

*«Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de **reparación integral y equidad** y observará los criterios técnicos actuariales».*

Lo anterior significa que el juez tiene la obligación de ordenar la indemnización plena y ecuatoria de los perjuicios que sufre la víctima y le son jurídicamente atribuibles al demandado, de suerte que el damnificado retorne a una posición lo más

parecida posible a aquélla en la que *habría estado* de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso. De ahí que la reparación integral y equitativa signifique tanto la obligación legal de resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes del lesionado, como la restricción de no sobrepasarlos, pues la indemnización no es en ningún caso fuente de enriquecimiento.

Una vez establecidos los presupuestos de la responsabilidad civil, el juez debe cuantificar el monto concreto de cada tipo de daño que haya quedado probado, los cuales no tienen que ser 'ciertos' cuando se refieren al futuro, pues según los axiomas de la lógica, es una verdad irrefutable que las cuestiones que atañen al porvenir son siempre contingentes y escapan al ámbito de la certeza o la necesidad, lo cual es tan obvio que no merece ser discutido; por lo que los perjuicios futuros se establecen mediante criterios de probabilidad a partir de las reglas de la experiencia y los cálculos actuariales; lo que impide considerarlos como meras especulaciones o conjeturas.

La reparación integral de los perjuicios exige, de igual modo, que en cada caso el juez tome en consideración las circunstancias específicas en que tuvo lugar el hecho dañoso; pues no es lo mismo indemnizar a la víctima del perjuicio, a sus familiares de primer orden, a sus parientes de segundo orden, o a un tercero que también resulta damnificado. Como tampoco es indiferente la intensidad del detrimento, pues hay lesiones muy graves, medianamente graves y poco graves.

Estos criterios deben ser tomados en consideración por el sentenciador al momento de tasar la condena en concreto, según su *arbitrium iudicis* y fundamentando su decisión en las reglas de la sana crítica.

4.1. Perjuicios patrimoniales

En lo que respecta a la reparación del daño patrimonial, lo que genera la obligación de indemnizar es el restablecimiento del equilibrio económico que ha sido alterado por la ocurrencia del hecho lesivo; ya sea porque la víctima sufre una mengua en su fortuna o bien por quedar frustrados los beneficios legítimos que habría percibido si hubiera permanecido indemne.

Con relación al daño emergente, está probado en el proceso que la EPS Sanitas ha brindado al menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano los tratamientos, medicamentos y procedimientos necesarios para la atención de su salud, en virtud de la obligación que le asiste en su calidad de entidad promotora del servicio de salud del régimen contributivo del sistema de seguridad social integral. Para poder acceder a tal servicio, los padres del menor han debido sufragar los costos correspondientes a cuotas moderadoras, que según certificado expedido por la entidad demandada ascendían a 123 al 21 de junio de 2011 [folios 273 - 297].

En consecuencia, se ordenará la devolución del valor de las anteriores cuotas moderadoras con su valor actualizado para la vigencia del 2017, así como de todas las que se hayan pagado hasta la fecha de esta sentencia.

Desde la fecha de esta providencia y en adelante, la entidad demandada deberá prestar el servicio de salud al menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano sin exigir el pago de las cuotas moderadoras, independientemente de si sus padres están cotizando o no al régimen contributivo del servicio de salud ofrecido por la EPS Sanitas.

En este punto conviene precisar que los costos concernientes a la recuperación de la salud tales como personal médico, de enfermería, terapias, procedimientos, tratamientos, medicamentos, pruebas de laboratorio, y en general todo lo que resulte necesario para el restablecimiento o mantenimiento de la integridad psicofísica de una persona, son efectos patrimoniales en el orden del daño emergente que no pueden ser confundidos con la lesión al bien superior de la salud, que es inmaterial, intangible, insustituible e inapreciable en dinero.

En lo que respecta al lucro cesante futuro por la privación de los beneficios económicos que el menor habría recibido en su edad adulta como contraprestación de una actividad económica lícita de no ser por el grave daño que sufrió, no tiene razón la parte demandada cuando afirma que tal rubro es infundado; pues lo único cierto según el estado psicofísico actual del menor es que es absolutamente incapaz de valerse por sí mismo; y que con un alto grado de probabilidad científica no tendrá en un futuro el mismo desarrollo y desenvolvimiento de una persona que goza de buena salud, por lo que no podrá recibir una educación básica formal ni

podrá desempeñarse en el mercado laboral, debiendo depender siempre de sus padres o, a falta de éstos, de personas caritativas; toda vez que las lesiones que sufrió al momento de su nacimiento son irreparables y lo mantendrán sumido en estado de cuadriplejía y absoluta incapacidad por el resto de su vida.

La anterior observación se ha hecho con total respeto hacia el sentimiento de los padres y abuelos del menor, para efectos de cuantificar el perjuicio reclamado y sin ánimo de frustrar las esperanzas que aquéllos y esta misma Corte guardan en la plena recuperación de su integridad psicofísica.

No es posible, por tanto, seguir asumiendo el criterio que esta Sala acogió en el pasado acerca de la improcedencia de conceder la indemnización por lucro cesante futuro a menores de edad por el simple hecho de no estar devengando un salario en la fecha de ocurrencia del hecho dañoso; pues –se reitera– la indemnización integral, equitativa y efectiva de los daños no busca poner a la víctima en la situación exacta en que ‘se hallaba’ antes del daño, sino en la posición en que ‘habría estado’ de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso antijurídico.

Aunque a simple vista parezca una sutil e inocua distinción, lo cierto es que la precisión gramatical no es de ninguna manera irrelevante, pues el modo condicional compuesto (perfecto o antepospretérito) no se refiere a un pasado necesario ni a un futuro completamente incierto, sino a un correlato del futuro a partir de una acción que se dio en el pasado o, lo que es lo mismo, a una acción futura en relación con un pasado que se considera punto de partida de la acción. Es decir que el juicio presente tiene en cuenta la acción pasada para realizar un juicio hipotético sobre la situación futura más probable.

La sentencia del año 1943, en la que esta Sala se apoyó en ocasiones pretéritas para negar este rubro a los menores damnificados sostuvo que *«toda hipótesis en el particular pertenece al mundo del futuro en que el porvenir de las personas está envuelto por la densa niebla del misterio»*. (G.J. t. LVII, pp. 234-242)

Es posible que en la primera mitad del siglo anterior el futuro de las personas estuviera “envuelto por la densa niebla del misterio”, pero según la experiencia de hoy en día no hay nada de misterioso en anticipar con un alto grado de probabilidad que una persona a

la que se le han cercenado por completo todas las posibilidades de valerse por sí misma no podrá desenvolverse en el mercado laboral cuando alcance su edad adulta, no podrá desempeñar ninguna actividad económica y no tendrá ninguna posibilidad de obtener por sí misma los ingresos necesarios para su congrua subsistencia.

El único misterio que quedará latente en este caso si no se concede la reparación de este perjuicio consistirá en saber cómo va a hacer la víctima directa del daño para solventar su subsistencia si llega a su adultez; pues no existe ninguna razón para que los padres, familiares o terceros personas deban asumir una obligación dineraria que no están jurídicamente llamados a soportar, como sí lo está la entidad generadora de las lesiones graves que sufrió el menor. Y aún en caso de que los padres sufraguen los gastos que causó la conducta antijurídica de la demandada, no es posible dejar el futuro del menor librado a la azarosa circunstancia de que los progenitores continúen con vida muchos años más y le sobrevivan.

Las anteriores razones, junto con la obligación que tiene el Estado y la sociedad de proteger el interés superior del menor según la Constitución Política y los instrumentos internacionales que consagran los derechos de los niños, hacen necesaria la concesión de la indemnización que se viene comentando.

Una vez demostrado este detrimento patrimonial, sólo resta calcular su cuantía con el fin de proferir la condena en concreto, para lo cual se tomará como base el salario mínimo mensual legal vigente, pues ante la imposibilidad material de establecer otro parámetro, ha de adoptarse el estipendio que reconoce la ley para solventar los gastos básicos de una persona en nuestro medio.

Esta suma habrá de pagarse desde cuando el damnificado directo cumpla los 18 años, toda vez que la edad de 25 años que usualmente toma en cuenta esta Corte para tasar dicho rubro sólo es aplicable en los casos en que se considera que la víctima habría cursado estudios superiores; lo cual no es probable en las circunstancias en que se encuentra actualmente el menor.

Dicho monto se pagará desde el 21 de junio de 2025 en rentas periódicas mensuales durante toda la vida de la víctima, para cuya garantía la entidad demandada constituirá un patrimonio autónomo, cuenta fiduciaria o póliza que se encargará de pagar la

renta periódica en la cuenta bancaria que señalen los padres de Juan Sebastián Sanabria Zambrano.

4.2. Perjuicios extrapatrimoniales:

Tiene dicho la jurisprudencia de esta Corte que los daños extrapatrimoniales no se circunscriben al daño moral, pues dentro del conjunto de bienes no pecuniarios que pueden resultar afectados mediante una conducta antijurídica se encuentran comprendidos intereses distintos a la aflicción, el dolor o la tristeza que un hecho dañoso produce en las víctimas.

En ese orden, son especies de perjuicio no patrimonial, además del moral, el daño a la vida de relación y la lesión a bienes jurídicos de especial protección constitucional o convencional.⁵⁴

La característica fundamental de esta clase de daños es que son económicamente inestimables, pues no corresponden a costos o gastos sufragados, ni a beneficios pecuniarios legítimamente esperados, aunque sí tienen un valor para su titular. Es decir que el criterio diferenciador frente a los daños patrimoniales proviene de la distinción conceptual que la ciencia económica ha establecido entre costo, precio y valor: el costo son los gastos de producción, conservación y comercialización de un bien o servicio; el precio es la estimación en dinero que los bienes materiales o servicios tienen en el mercado; mientras que el valor es la medida o estimación subjetiva que las personas otorgan a sus bienes materiales o inmateriales.

Por ello, el daño a la integridad psicofísica de la persona no puede confundirse con los gastos correspondientes a la atención en salud que debe recibir un paciente para la recuperación o mantenimiento de su vitalidad, pues estos últimos corresponden a un servicio que tiene un costo; mientras que la salud como bien superior no tiene precio sino valor, y la medida de compensación o satisfacción que se otorga es siempre simbólica (sea monetaria o de cualquier otra índole).

La tasación de los daños no patrimoniales está dada por el criterio de razonabilidad del juez, pues esta noción intelectual le permite determinar en cada caso concreto si la medida simbólica

⁵⁴ SC de 9 de diciembre de 2013. Ref. 2002-00099-01, reiterada en SC10297 de 5 de agosto de 2014 y SC13925 de 30 de septiembre de 2016.

compensatoria es equitativa, suficiente, necesaria y adecuada para consolar a la víctima por la pérdida de sus bienes inmateriales e inestimables en dinero, como son su integridad psicofísica, su honra y buen nombre, su dignidad, su proyecto de vida, o sus sentimientos o afectos.

a) Daño moral:

Teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones permanentes e irreparables sufridas por el menor, que ha generado en su núcleo familiar gran dolor, angustia, aflicción, preocupación y desasosiego en grado sumo, se tasarán los perjuicios morales en la suma de sesenta millones (\$60'000.000) para la víctima directa de este daño; lo mismo (\$60'000.000) para cada uno de sus padres; y treinta millones (\$30'000.000) para cada uno de los abuelos demandantes.

b) Daño a la vida de relación:

Este rubro se concede únicamente a la víctima directa del menoscabo a la integridad psicofísica como medida de compensación por la pérdida del bien superior a la salud, que le impedirá tener una vida de relación en condiciones normales.

Está demostrado que el menor Juan Sebastián Sanabria sufrió una parálisis cerebral y minusvalía como consecuencia del sufrimiento fetal prolongado que presentó *in útero*, debido a que el parto no se atendió a tiempo; quedando afectada su integridad psicofísica para siempre.

Por cuanto las secuelas permanentes ocasionadas a la salud del menor alteraron su convivencia en sociedad, de modo que no ha podido disfrutar de la felicidad propia de los años de infancia, ni mucho menos realizar las actividades lúdicas y formativas normales de una persona que goza de buena salud, se tasarán este rubro en la suma de setenta millones de pesos (\$70'000.000).

5. Ante la prosperidad del recurso de apelación formulado por la parte demandante, se condenará en costas de ambas instancias a la parte vencida, tal como lo dispone el numeral cuarto del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil; las cuales se tasarán por la Secretaría, incluyendo como agencias en

derecho de la segunda instancia la suma de quince millones quinientos mil pesos (\$15'500.000) correspondientes al 5% del monto de las pretensiones reconocidas en la sentencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia dictada el 19 de diciembre de 2012 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, dentro del proceso ordinario de Luz Mery Zambrano Acevedo, Richard Mauricio Sanabria Bello, Betty María Acevedo de Zambrano, Josué Gabriel Zambrano Ruiz y Juan Sebastián Sanabria Zambrano contra la EPS Sanitas S.A.

SEGUNDO. CONDENAR a la EPS Sanitas S.A. a pagar las siguientes sumas de dinero:

- Al menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano:

Daño a la vida de relación: \$ 70'000.000

Daño moral: \$ 60'000.000

Daño emergente:

El valor de 123 cuotas moderadoras con su valor actualizado para la vigencia de 2017; así como el de las que se hayan pagado hasta la fecha de esta sentencia. Desde la fecha de esta providencia y en adelante, la entidad demandada deberá ofrecer el servicio de salud al menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano sin exigir el pago de las cuotas moderadoras, e independientemente de si sus padres están cotizando o no al régimen contributivo del servicio de salud ofrecido por la EPS Sanitas.

Lucro cesante futuro:

Un renta periódica mensual por valor de un salario mínimo legal vigente a la fecha de su pago, desde el 21 de junio de 2025 y durante toda la vida del menor; que será consignado dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que señalen los padres de Juan Sebastián Sanabria Zambrano. Para garantizar el pago de esta renta periódica la demandada constituirá un patrimonio autónomo, cuenta fiduciaria, póliza o caución.

- A Luz Mery Zambrano Acevedo

Daño moral: \$ 60'000.000

- A Richard Mauricio Sanabria Bello

Daño moral: \$ 60.000.000

- A Betty María Acevedo de Zambrano

Daño moral: \$ 30.000.000

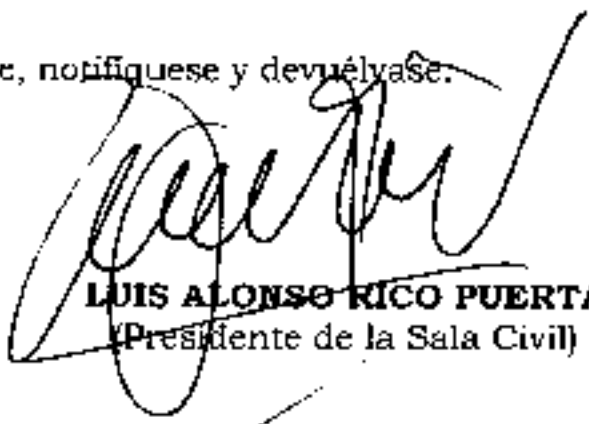
- A Josué Gabriel Zambrano Ruiz

Daño moral: \$ 30.000.000

Sin costas del recurso extraordinario de casación.

Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada, tal como lo dispone el numeral cuarto del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil; las cuales se tasarán por la Secretaría, incluyendo como agencias en derecho de la segunda instancia la suma de \$15'500.000.

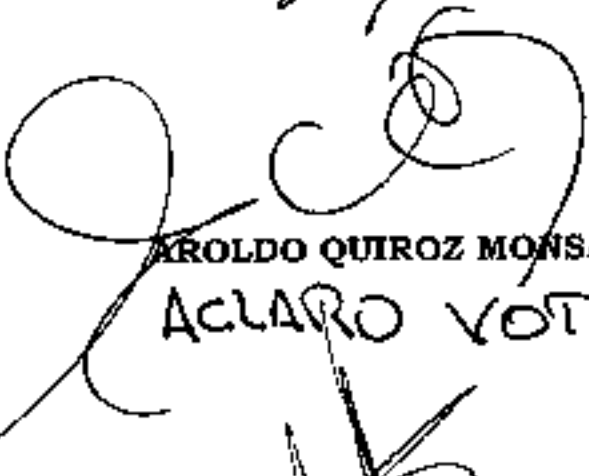
Cópiese, notifíquese y devuélvase.


LUIS ALONSO RICO PUERTA
(Presidente de la Sala Civil)

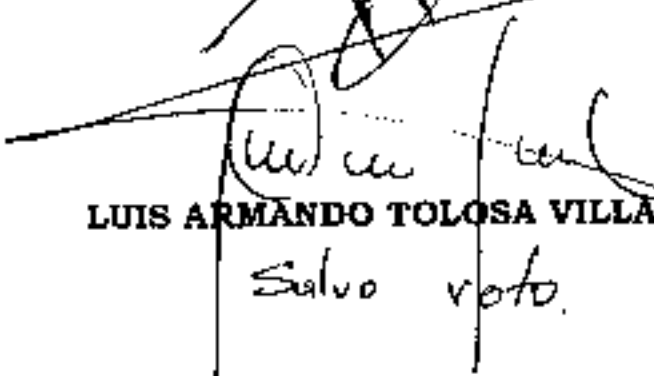
MARGARITA CABELLO BLANCO

(Con excusa justificada)


ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO


AROLDO QUIROZ MONSALVO
ACLARO VOTO


ARIEL SALAZAR RAMÍREZ


LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Salvo voto.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 11001-31-03-039-2011-00108-01

Aunque comparto la decisión aprobada por mayoría, me aparto de algunas de las consideraciones plasmadas en la sentencia, como lo hice en los casos con rad. n.º 2010-00578-01, 2007-00052-01 y 2005-00174-01, por cuanto se propende por la adopción de tesis que contravienen el sólido desarrollo jurisprudencial en materia de responsabilidad, sin que haya una justificación adecuada para el efecto.

1. ALCANCE Y CONTENIDO DE LA VÍA INDIRECTA

1.1. Se aseveró, en la providencia de la cual disiento parcialmente, que el sendero en comentario sirve para corregir las conclusiones probatorias equivocadas, cuando hay incoherencias, errores lógicos, ausencia de conformidad con el lenguaje técnico, improbabilidades explicativas, en otros casos (págs. 20-21).

1.2. El anterior entendimiento extiende la senda de la crítica probatoria a situaciones para las cuales no fue diseñada, acercando la casación a una tercera instancia judicial, al permitir su utilización para demostrar hipótesis probatorias más plausibles en descrédito de las sostenidas por el tribunal, lo que únicamente puede enarbolarse en los grados ordinarios.

Recuérdese que, por regla general, *«la cuestión de hecho está tradicionalmente descartada de la casación, por ser propia de la instancia»*¹, por lo que su campo de aplicación se encuentra circunscrito a deficiencias graves, originadas en el desconocimiento de normas probatorias o manifiesto yerro en la apreciación de los medios demostrativos, según lo establece el numeral 1 del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil -ahora numeral 2 del artículo 336 del Código General del Proceso-.

Luego, *«la casación sí permite la censura de la apreciación, calificación e interpretación que de los hechos haga el juzgador de instancia, pues si este parte de premisas falsas en lo tocante a ellos o de hecho inexactos o incompletos, no falla secundum jus»*², lo que se presenta cuando erra en la objetividad de las pruebas o en su valoración según el sistema legal que las regula³.

De allí que la Corte, desde tiempo atrás, sentara como precedente que *«[e]n el campo de la violación indirecta de la ley sustantiva, ésta se presenta siempre con motivo de la labor investigativa del juzgador en el campo probatorio; y en esa labor puede ocurrir que se equivoque el sentenciador porque dé por acreditado un hecho cuya prueba no existe, o porque niega que se encuentra acreditado cuando la prueba del hecho existe. En esto consiste el error de hecho que debe aparecer de modo manifiesto en los autos»*; también puede configurarse cuando *«les otorga un valor que la ley les niega o les desconoce el valor que la ley les asigna, y en virtud de esa falsa estimación que contraría abiertamente los textos*

¹ Hernando Morales Molina, *Técnica de Casación Civil*, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2014, p. 156.

² Humberto Murcia Ballén, *Recurso de casación civil*, 6ª Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 367.

³ Idem, p. 383.

legales sobre tarifa de pruebas, viola esas disposiciones, además de las normas legales sustantivas que se refieren al fondo mismo del asunto que se debate en el pleito» (SC, 31 ag. 1955, G.J. n.º 2157-2158).

Recientemente remarcó:

[C]uando se denuncia la infracción indirecta como consecuencia de yerros en la apreciación de las probanzas, de la exposición del reproche debe quedar claro si el quebranto se produjo como consecuencia de un yerro fáctico o de un error de derecho, según se haya incurrido en él en la contemplación objetiva de los medios materiales de convicción o al fijar su eficacia demostrativa acorde con las reglas que disciplinan su aducción, práctica y apreciación; tratándose del último, se deben indicar las normas de carácter probatorio que se consideren infringidas (AC5251, 17 ag. 2016, rad. n.º 2010-00367-01).

Así las cosas, traer categorías como *incoherencias argumentativas* o *errores inferenciales*, *inconsistencias con el marco valorativo metajurídico presente en el lenguaje expresado en la sentencia*, *ausencia de confirmación del significado o contenido de las pruebas a partir de los conceptos... de la ciencia no jurídica*, o *las improbabilidades de las hipótesis probatorias a partir del análisis contextual*, como fundamento de la causal, es una forma de ampliar su aplicación para incluir cuestiones que van más allá de la apreciación material o jurídica de las pruebas y adentrarse en la corrección del proceso intelectual del juzgador, en contravía de la naturaleza extraordinaria de la casación.

Y es que no puede pretenderse que cualquier defecto pueda dar lugar a la anulación de una sentencia de segundo grado, sino únicamente aquellos que se traducen en una modificación ontológica de la prueba -por

suposición, pretermisión o cercenamiento- o en su valoración -con ocasión de su aducción o apreciación-.

Adicionalmente, la referencia a elementos metajurídicos o científicos, abre la casación a juicios morales, éticos o técnicos, los cuales son por completo ajenos a su contenido, que gira en torno a la unificación jurisprudencial y a la protección del orden normativo.

Por lo expuesto, considero que debe propenderse por el carácter restringido de los instrumentos excepcionales, sin abrir resquicios para tergiversarla y volverla un mecanismo ordinario de impugnación.

2. SANA CRÍTICA Y CONOCIMIENTO CIENTÍFICO

2.1. Se propone, en las consideraciones que son materia de discrepancia, incluir dentro de las reglas de la sana crítica *«las leyes, teorías y conceptos científicos afianzados; y los procedimientos, protocolos guías y reglas admitidos por los distintos ámbitos profesionales o técnicos»* (pág. 23), con lo cual se coloca sobre los jueces una carga muy pesada, atentatoria del principio de la necesidad de la prueba.

2.2. En efecto, la sana crítica es un *«sistema de valoración estructurado sobre la libertad y autonomía del juzgador para ponderarlas y obtener su propio convencimiento, bajo el único apremio de enjuiciarlas con soporte en el sentido común, la lógica y las reglas de la experiencia»* (SC, 24 mar. 1998, exp. n.º 4658, reiterada en SC, 12 feb. 2008, rad. n.º 2002-00217-01).

La doctrina sostiene que *«es el arte de juzgar atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error; mediante la lógica, la dialéctica, la experiencia, la equidad y las ciencias y artes afines y auxiliares y la moral, para alcanzar y establecer, con expresión motivada, la certeza sobre la prueba que se produce en el proceso»*⁴.

Eduardo J. Couture expresó que *«son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba... con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas»*⁵.

Infiérase que, como sistema de valoración probatoria, la sana crítica no comprende nociones altamente tecnificadas o especializadas, ya que éstas difícilmente pueden incorporarse al sentido común, la experiencia o la lógica, por estar reservadas para expertos o profesionales en el campo respectivo.

Por tanto, no puede exigirse al juez que, para adoptar una resolución, conozca los *topos* que rigen las materias científicas, pues sería tanto como imponerle que esté preparado en todos los ámbitos del conocimiento, con el fin de identificar los puntos comunes en cada uno de ellos, conocer cuáles teorías han sido falseadas o cayeron en

⁴ Boris Barrios González, *Teoría de la sana crítica*, SAE, p. 9-10.

⁵ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Roque-Depalma Editor, 1958, p. 270-271.

desuso, y aplicarlas para contrastar los conceptos u opiniones de expertos. Esta carga, sin duda alguna, excede lo que se espera de cualquiera profesional en derecho y obliga a traer el conocimiento privado del juez al proceso.

Bastará, entonces, que aprehenda las nociones básicas, de uso común o decantadas en los diversos campos, siempre que estén al alcance de cualquier persona; en lo demás, deberá acudir al sentido común y la lógica para establecer la capacidad demostrativa de los medios de convicción. Bien se advierte que *«el juez no tiene necesidad de poseer todas las nociones y las técnicas que necesita el científico para producir la prueba, sino que le basta, más bien, con disponer de los esquemas racionales que le permitan establecer el valor de la prueba científica a los efectos de la determinación del hecho»*⁶.

En caso que se requieran máximas biológicas, médicas, físicas, químicas, etc., ajenas al conocimiento general, no será posible que el juez pretenda indagarlas y obtener conclusiones por su propia cuenta, pues al ser desconocidas *«deben ser objeto de prueba, de una prueba pericial en casi todos los supuestos»*⁷.

2.3. Adicionalmente, propender porque los jueces hagan estudios especializados según el caso, sin apoyarse en expertos o profesionales, desconoce el principio de

⁶ Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, Trotta, 2005, p. 334.

⁷ Víctor Fairén Guillén, *Teoría General del Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 441.

necesidad de la prueba (artículo 174 del Código de Procedimiento Civil y 164 del Código General del Proceso), pues el fallo no se apoyará en los medios suasorios regularmente allegados al proceso, sino en la investigación que de forma intuitiva adelante el fallador, sin que existan elementos para establecer su corrección o pertinencia.

Con tal proceder, además, se desconocerían los derechos de defensa y contradicción de la parte vencida, quien no tendría la posibilidad de contradecir las conclusiones o probar en contrario.

De admitirse esta posibilidad, el sistema de sana crítica devendría en una libre valoración, pues el juzgador podría imponer su convicción al momento de decidir - aunque basado en una indagación personal de la literatura técnica-, sin permitirse ninguna discusión por las partes. En palabras de Boris Barrios:

Concebir las máximas de la experiencia inmersas en el contexto del conocimiento privado del juez plantea un profundo problema para los sistemas procesales latinos seguidores del sistema de la sana crítica, cual es la verificación del valor general aproximado contenido en la máxima que pueda alegarse en la decisión judicial; pues siendo el sistema de la sana crítica un sistema que atiende a la lógica, el mismo reniega de la imposición de criterios, como pudiera ser la alegación o imposición de una máxima de experiencia y que el juzgador la eleve a la categoría de presunción sin permitir ni su contradicción ni su verificación, con ello se estaría negando, precisamente, la esencia de la sana crítica que se basa en el razonamiento lógico; y es que al ser la máxima de experiencia un valor general aproximado de la realidad, y no de un conocimiento particular, no puede imponerlo el juzgador so pretexto de un conocimiento privado sino en base a un conocimiento y aceptación general, pues el conocimiento

general es lo que le da la legitimidad y fuerza de convicción a un máxima de experiencia para sustentar la explicación de un fenómeno o hecho de relevancia para la decisión judicial.

Es importante el estudio de Friedrich Stein sobre “el conocimiento privado del juez”, en la doctrina alemana, porque hace el mejor aporte sobre el estudio de las máximas de la experiencia, pero aclarando que mientras para Stein las máximas de la experiencia forman parte del conocimiento privado del juez a propósito del, entonces, sistema alemán de libre valoración de la prueba; a diferencia y para los sistemas latinos, las máximas de la experiencia integran el sistema de la sana crítica y no son exclusivas del conocimiento privado del juez, pues así como la alega un fiscal o un juez, también, puede ser alegada por una de las partes privadas del proceso⁸.

3. DOBLE DIMENSIÓN DEL NEXO CAUSAL

3.1 Se afirma, en la sentencia mayoritaria, que no es dable exigir una prueba del nexo causal, por cuanto se trata de una categoría lógica que únicamente admite acreditación inferencial (pág. 54).

3.2. Al respecto, conviene precisar que el vínculo causal es una condición necesaria para la configuración de la responsabilidad⁹, el cual sólo puede ser develado a partir de las reglas de la vida, el sentido común y la lógica de lo razonable, pues estos criterios permiten particularizar, de los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, cuál de ellos tiene la categoría de causa¹⁰.

⁸ Op. cit., p. 42-43.

⁹ CSJ, SC7824, 15 jun. 2016, rad. n.º 2006-00272-02; AC2184, 15 ab. 2016, rad. n.º 2010-00304-01; AC1436, 02 dic. 2015, rad. n.º 2012-00323-01; SC13594, 06 oct. 2015, rad. n.º 2005-00105-01; SC10808, 13 ag. 2015, rad. n.º 2006-00320-01; SC17399, 19 dic. 2014, rad. n.º 2002-00188-01; SC12449, 15 sep. 2014, rad. n.º 2006-00052-01; entre otras.

¹⁰ CSJ, SC, 26 sep. 2002, exp. n.º 6878; reiterada SC, 13 jun. 2014, rad. n.º 2007-00103-01

Para tal fin, *«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 idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud»* (SC, 15 en. 2008, exp. n.º 2000-673-00-01; en el mismo sentido SC, 6 sep. 2011, rad. n.º 2002-00445-01).

Así las cosas, en el establecimiento del nexo causal concurren elementos fácticos y jurídicos, siendo indispensable la prueba -directa o inferencial- del primero de ellos, para lograr una condena indemnizatoria.

El aspecto material se conoce como 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. Para estos fines, se revisa el contexto material del suceso, analizado de forma retrospectiva, para establecerse las causas y excluir aquellas que no guardan conexión, en términos de razonabilidad. Con posterioridad se hace la evaluación jurídica, con el fin de atribuir sentido legal a cada actuación, a partir de un actuar propio o ajeno, donde se hará la ponderación del tipo de conexión y su cercanía.

Juan Manuel Prevof explica este doble análisis así:

[S]e torna imprescindible dividir el juicio de constatación causal en dos fases, secuencias o estadios:

1) primera fase (questio facti): la fijación del nexo causal en su primera secuencia tiene carácter indefectiblemente fáctico, es

libre de valoraciones jurídicas y, por lo general, se realiza según el criterio de la conditio sine qua non.

2) segunda fase (questio iuris): una vez explicada la causa del daño en sentido material o científico es menester realizar un juicio de orden jurídico-valorativo, a los efectos de establecer si el resultado dañoso causalmente imbricado a la conducta del demandado, puede o no serle objetivamente imputado¹¹.

Tal orientación quedó consagrada en la sentencia de 24 de agosto de 2016 de esta Sala, al transcribir el pensamiento de Goldemberg:

No debe perderse de vista el dato esencial de que, aun cuando el hecho causa y el hecho resultado pertenecen al mundo de la realidad natural, el proceso causal va a ser en definitiva estimado de consuno con una norma positiva dotada de un juicio de valor, que servirá de parámetro para mensurar jurídicamente ese encadenamiento de sucesos. Para la debida comprensión del problema, ambos niveles no deben confundirse. De este modo, las consecuencias de un hecho no serán las mismas desde el punto de vista empírico que con relación al área de la juridicidad. En el iter del suceder causal el plexo jurídico sólo toma en cuenta aquellos efectos que conceptúa relevantes en cuanto pueden ser objeto de atribución normativa, de conformidad con las pautas predeterminadas legalmente, desinteresándose de los demás eslabones de la cadena de hechos que no por ello dejan de tener, en el plexo ontológico, la calidad de ‘consecuencias’ [Goldemberg, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 8] (SC13925, rad. 2005-00174-01).

Este doble análisis es viable no sólo frente a las acciones, sino también respecto a las omisiones, pues la falta de una conducta, cuando era exigible su realización, evidencia un estado de cosas que se mantiene inalterado y que, por esta circunstancia, deviene en perjudicial para la víctima. Total que el nexo causal, desde hace muchos años,

¹¹ Juan Manuel Prevof, *El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil*. En *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15, 2010, p. 165.

abandonó la noción naturalística¹², que propugnaba por una relación físico-corporal, para centrarse en ponderaciones basadas en la idoneidad o adecuación del resultado frente a la conducta que se echa de menos.

Por ello, es necesario que el aspecto fáctico sea probado a través de cualquiera de los medios reconocidos en la codificación procesal, sin que pueda reducirse a una categoría lógica como se propone en la sentencia. Suprimirlo aparejaría que cualquier persona pueda ser llamada a responder por una simple operación intelectual realizada por el juzgador, a espaldas de la realidad material.

En consecuencia, no se advierten razones para suprimir este elemento y reconducirlo siempre a una reflexión lógica, por lo que insisto en la necesidad de su mantenimiento y la posibilidad de demostración.

4. TEORÍA DE LOS SISTEMAS Y JUICIO CULPABILÍSTICO

4.1. En el proveído se acude a la *Teoría General de Sistemas* para justificar que «los elementos o miembros de la organización deben ser capaces de interactuar entre sí de manera coordinada (sinergia) mediante el empleo de herramientas o estándares de acción claros y precisos encaminados al logro de resultados exitosos o de alta calidad, cuyo incumplimiento entraña un juicio de reproche culpabilístico cuando se traduce en daños previsibles ocasionados a las personas» (pág. 72).

¹² CSJ, SC, 26 sept. 2002, exp. n.º 6878; 15 en. 2008, rad. n.º 2000-67300-01; y 14 dic. 2012, rad. n.º 2002-00188-01.

4.2. Tal reflexión parte de la idea de que la culpa puede extractarse de la actuación descoordinada de los integrantes de la organización, sin otras exigencias, con lo cual se desatiende que esta clase de juicios, para su configuración, requiere de la concurrencia de tres (3) elementos, a saber: (i) la acción u omisión del agente responsable; (ii) la transgresión del orden jurídico; y (iii) el error de comportamiento a título de dolo o culpa.

La ausencia de cualquiera de estos requerimientos conduce al rechazo de la pretensión resarcitoria, al impedir el juicio de culpabilidad, sin perjuicio de los casos en que la ley exime de su demostración.

En consecuencia, los *meros* errores en el funcionamiento empresarial no desencadenan la responsabilidad de los partícipes, pues para ello deberá probarse cómo el desacierto se tradujo en una inobservancia de las reglas legales o convencionales aplicables a la actividad, o en un atentado contra la buena fe objetiva; así como la intencionalidad, impericia, imprudencia o negligencia del actor.

En otros términos, los problemas de sinergia entre los integrantes de una red develan una acción u omisión susceptible de reproche, siempre que ésta se haya originado en una desatención de las obligaciones propias de los integrantes, endilgable por un error de conducta.

La teoría de los sistemas, entonces, sólo permite clarificar cuáles son los hechos que pueden comprometer a la sociedad, considerada como unidad y partícipe de una organización, sin enervar a los afectados de la demostración de los demás requisitos del juicio de culpabilidad.

Tal es el entendimiento dispensado en España a la denominada *culpa in operatione*, en el sentido de que la reparación de los daños irrogados por una sociedad sólo es posible si se originó en una actuación propia del curso normal de las actividades sociales, siempre que se demuestre el yerro de vigilancia o seguimiento a los subordinados. El máximo tribunal civil español manifestó:

La resolución del recurso se contrae, pues, a verificar la corrección de la significación jurídica dada por el tribunal de instancia a los hechos consignados en la sentencia recurrida, para lo cual se debe partir de que la doctrina jurisprudencial exige, para que se pueda declarar la responsabilidad por hecho ajeno regulada en los párrafos primero, cuarto y sexto del artículo 1903 del Código Civil, la existencia de una relación de dependencia entre el sujeto agente y aquel a quien se atribuye la responsabilidad, y que el evento se produzca dentro del ámbito de la misma o con ocasión de ella, así como la culpabilidad -culpa in operando (en la acción) o in omittendo (por omisión)- del agente, y la falta. (STS de 10 de octubre de 2007, 6171/2007).

4.3. Tratándose del *Sistema Integral de Seguridad Social en Salud*, el juicio de reproche a la *entidad prestadora de salud* mal podría asentarse en su simple condición de aseguradora del correcto funcionamiento del mismo, como parece darlo a entender la sentencia mayoritariamente aprobada, sino que debe hacerlo en la desatención de sus obligaciones o deberes secundarios de conducta -*deberes colaterales*-.

Derivar responsabilidad por tratarse de una EPS es tanto como crear un régimen de responsabilidad objetiva, el cual carece de fuente legal y desatiende la naturaleza de la actividad médica.

Por tanto, sólo podrá nacer el deber indemnizatorio si hay un error de conducta imputable a la entidad, cometido a título de dolo o de culpa, como bien se reconoció por la Corte en la providencia SC13925 de 24 de agosto de 2016.

5. CARGA DE LA PRUEBA Y DEBER DE APORTACIÓN

5.1. Se arguyó que debe suprimirse la teoría de la *carga dinámica de la prueba* porque supone una autorización al juez para «*crear o suprimir ingredientes normativos a su antojo*», afectando los supuestos normativos de las disposiciones vigentes (pág. 80), así como los principios de necesidad de la prueba y coherencia del sistema jurídico (pág. 82); además, porque crea un régimen de culpa presunta y permite la condena frente a situaciones que no son atribuibles al demandado (pág. 81). Por tanto, se propone su sustitución por un *deber-obligación de suministro y aportación de pruebas*, cuya desatención aparejará un indicio grave en contra del obligado.

5.2. Fuera de discusión se encuentra que el artículo 1757 del Código Civil prescribe, como principio general, que «*[i]ncumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*». A su vez, el canon 177 del derogado Código de Procedimiento Civil establece que «*[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que de ellas persiguen*», máxima reiterada en el mandato 167 del Código General del Proceso.

Se consagró el principio de la *carga de la prueba*, el cual impone a cada sujeto procesal impulsar la recolección de los materiales suasorios que apoyen sus peticiones o defensas, a riesgo de soportar una decisión contraria a sus intereses. Regla morigerada legalmente a través del traslado

de la carga, como sucede con las afirmaciones o negaciones indefinidas, presunciones, o inferencias lógicas, en las que corresponde a la contraparte desvirtuar su existencia, so penar de tenerlas por probadas.

Esta máxima, admitida desde antaño por la jurisprudencia¹³, ordena que *«quien demanda, así lo haga con la mejor buena fe, incumbe en principio probar sus alegaciones: onus probandi incumbit actori (C. Civ. 1757)»* (CSJ, 12 jul. 1962), por lo que se trata de *«una regla de conducta para las partes porque indudablemente les señala cuáles son los hechos que a cada una interesa probar para que sean consideradas como ciertas por el juez y sirvan a sus pretensiones o excepciones... De esta forma, quien pretenda obtener éxito en las pretensiones deducidas en la demanda no sólo está en la necesidad sino que soporta la carga procesal de demostrar oportunamente y mediante prueba idónea los supuestos de hecho en que apoya sus pretensiones. En caso contrario, deberá soportar los efectos del incumplimiento de dicha carga, que no son otros que los resultados jurídicos perseguidos se frustren»* (SC231, 11 oct. 1984).

Dicho de otra manera, es *«la exigencia legal de una conducta de realización facultativa establecida en el exclusivo interés del propio litigante, y cuya omisión apareja para él consecuencias desfavorables»* (SC229, 25 oct. 1985).

5.3. Sin embargo, la estricta aplicación de la carga de la prueba generó beneficios injustificados para una parte en detrimento de la otra, por lo que fue necesario atemperar su rigor con criterios provenientes de la lógica, la sana crítica y

¹³ Vr. gr. CSJ, Sala de Negocio, 16 jul. 1892, G.J. VIII, n.º 378; 9 dic. 1936 G.J. XLIV, n.º 1918-1919; 5 mar. 1940, G.J. XLIX, n.º 1953-1954.

la equidad, para admitir casos en que, sin existir una norma expresa, fuera posible trasladar la carga a la parte que resiste la alegación, bajo la idea que se encuentra en una mejor posibilidad demostrativa.

Total que argumentar y probar no siempre van de la mano, ya que existen circunstancias en las que la demostración de los hechos se torna en algo inasequible para quien tiene la carga probatoria, como sucede cuando los medios demostrativos están en poder de la contraparte, se trata de materias altamente especializadas o simplemente es muy costoso acceder a los medios de prueba, hipótesis en las cuales se puede acudir a la otra parte para que aliviane este gravamen.

Así se dio paso a la distribución especial de la prueba, admisible en los casos de carga dinámica, *res ipsa loquitur* - *la cosa habla por sí misma*-, culpa virtual -*faute virtuelle*-, y resultado desproporcionado.

La primera se incorporó como instrumento moralizador del derecho probatorio, para facilitar la acreditación de los hechos a la parte que se encuentra en imposibilidad o dificultad, y exigir al sujeto procesal que se encuentre en mejores condiciones que desvirtúe el dicho de su contraria¹⁴.

Según Víctor Fairén Guillén, la «*inversión en la carga de la prueba*» procede cuando la ley así lo establece, como

¹⁴ Francisco Canelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Uthea, Argentina, 2014, p. 100.

sucede en las negociaciones indefinidas, o por consideraciones de *buena fe o equidad*¹⁵.

La regla *res ipsa loquitur*, de origen anglosajón, permite tener por probado un hecho a partir de la demostración de los resultados que produjo o las circunstancias que lo explican, por lo que corresponderá a la contraparte desvirtuar su ocurrencia; valga decirlo, «*es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo*»¹⁶.

La culpa virtual, desarrollada en el derecho francés, permite probar la culpa y el nexo causal a partir de antecedentes que rodearon el daño y la participación del responsable, invirtiéndose la carga de la prueba hacia el demandado.

Por último, el resultado desproporcionado, reconocido en la sentencia de 28 de julio de 1960 de la Corte de Casación Francesa, es una «*presunción desfavorable para el médico demandado en el enjuiciamiento de su responsabilidad, presunción que puede generarse ‘a partir de un mal resultado de la intervención o tratamientos médicos, cuando [es desproporcionado] con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y del sentido común,... según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo o de lugar en su conveniente y*

¹⁵ Víctor Fairén Guillén, *Teoría General del Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 448.

¹⁶ Alfredo Bullard, *Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil*. En Themis, Revista de Derecho, n.º 50, Perú, p. 217.

temporánea utilización’ (STS, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1996)»¹⁷.

5.4. En Colombia, la jurisprudencia fue la encargada de abrir paso a estas teorías que morigeran el débito probatorio, con la pretensión de evitar que las víctimas queden desprovistas de una reparación, particularmente en materia médica.

Así, en providencia de 30 de enero de 2001 esta Corporación sostuvo:

Aunque para la Corte es claro 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 médico, 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), y que en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil), visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones, pues éste es el principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, resulta pertinente hacer ver que el meollo del problema antes que en la demostración de la culpa, está es en la relación de causalidad entre el comportamiento del médico y el daño sufrido por el paciente, porque como desde 1940 lo afirmó la Corte en la sentencia de 5 de marzo, que es ciertamente importante, “el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputan, sino cuando éstas hayan sido determinantes del perjuicio causado” (exp. n.º 5507; en el mismo sentido 15 jul. 2008, rad. n.º 2002-00196-01; 5 nov. 2013, rad. n.º 2005-00025-01; 14 nov. 2014, rad. n.º 2008-00469-01).

¹⁷ Marta María Sánchez García, *El daño desproporcionado*. Revista Cesco de Derecho de Consumo, n.º 8, 2013, España, p. 242

Criterio ampliado en la decisión de 22 de julio de 2010
saber:

[D]ependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 Ibídem); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una “culpa virtual” o un “resultado desproporcionado”, todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento.

Resolución reiterada en los fallos de 17 (rad. n.º 1999-00533-01), 20 de noviembre de 2011 (rad. n.º 1999-01502-01), 7 de diciembre de 2012 (rad. n.º 2001-00049-01), 15 de septiembre de 2014 (rad. n.º 2006-00052-01), 15 de septiembre de 2016 (rad. n.º 2001-00339-01) y 24 de mayo de 2017 (rad. n.º 2006-00234-01), por lo que constituye doctrina probable, de consolidado raigambre.

Luego, desde comienzos de esta centuria, la Sala ha interpretado las normas sobre carga de la prueba para admitir su distribución especial, por razones de equidad, lógicas o de sana crítica, en el sentido de imponer a una parte, que inicialmente estaba desprovista de ella, el deber de desvirtuar las aseveraciones de su contraria, so pena de que se profiera una decisión desfavorable a sus intereses.

Tales reglas encuentran explicación en la protección de las víctimas y la propensión por una reparación integral, la cual no puede verse socavada por la carencia de información o conocimientos especializados para demostrar la responsabilidad del galeno o del equipo médico que intervino.

Y es que, en variados casos, la acreditación de los supuestos de la pretensión resarcitoria exige acceder a datos que están bajo el control de los profesionales médicos o cuya intervención es esencial para su comprensibilidad, por lo que una aplicación estricta de la carga de la prueba redundará en un beneficio ilícito de aquéllos, quienes podrían obtener una decisión provechosa si no concurren al proceso u omiten participar en la práctica probatoria.

Asimismo, en asuntos altamente especializados, la equidad del caso concreto clama porque sea la parte conocedora quien demuestre el actuar ajustado a los estándares del comportamiento aceptables, bajo el entendimiento que tiene a su disposición todos los instrumentos suasorios requeridos.

De allí que el juzgador deba analizar las posibilidades reales que tiene la víctima para establecer los supuestos de sus pretensiones, pues de encontrar que el victimario está en mejores condiciones de probar su actuar conforme a derecho, debe cambiar la carga probatoria e imponerla a este último.

Este proceder encuentra fundamento en los numerales 1 y 2 del anterior artículo 37 del Código de Procedimiento Civil -artículo 42 del Código General del Proceso-, que otorgan al juez la dirección del proceso para procurar la

mayor economía procesal y hacer efectiva la igualdad entre las partes. Así como en el ordinal 7º del artículo 95 de la Constitución Política, que impone a todas las personas «[c]olaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia», por lo que se descarta la arbitrariedad o ilegalidad de estas medidas.

5.5. Repúdiase que la *distribución especial* sea una forma de modificar los supuestos fácticos o jurídicos de las normas aplicables al caso, o de crear un régimen de responsabilidad presunta, como se sugiere en la sentencia de la cual me aparto, pues tal conclusión desdibuja las diferencias entre las normas sustanciales y las probatorias, sin considerar que cada una de ellas tiene un campo de aplicación diferente, porque aquéllas se refieren a las relaciones materiales, mientras que las últimas a los mecanismos para su demostración en el proceso.

Con la distribución especial únicamente se está relajando la carga que pesa sobre una de las partes, precisamente por su situación de debilidad, para darle mérito a sus manifestaciones y tener por demostrados sus argumentos, correspondiéndole a la contraparte su infirmación, sin que por ello se modifiquen las normas que regulan el vínculo sustancial.

5.6. Por lo expuesto, se estima que la supresión de los mecanismos que permiten la repartición judicial de la carga de la prueba (distribución especial, *res ipsa loquitur*, culpa virtual y resultado desproporcionado) es inconveniente y coarta el desarrollo jurisprudencial, en beneficio del victimario, quien ahora saldrá absuelto si la contraparte no puede acreditar los supuestos de sus alegaciones, a pesar que en su custodia estuviere la información o los

conocimientos que permitieran arribar a la verdad de los hechos.

Y es que mutar una *carga* hacia un *deber de aportación* aparejaría que el convocado no tenga que soportar una sentencia desfavorable en caso que no desvirtúe el dicho de la parte convocante, sino que sólo podrá ser objeto de medidas correctivas y es un *indicio grave en contra*, que por sí mismo es insuficiente para condenarlo.

En suma, el cambio entre carga y deber conduce a un favorecimiento de la parte que tiene mejor capacidad demostrativa, pues en caso de no colaborar con la administración de justicia en el esclarecimiento de los hechos, únicamente se expone a sanciones, pero con la garantía que no será condenado.

5.7. Por último, no está demás indicar que la posición planteada en el fallo aprobado pretermite el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual consagró la distribución especial de la carga probatoria, con el efecto de que deberá *«probar determinado hecho... la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos»*.

6. ANÁLISIS SUSTANCIAL DEL DEFECTO ATRIBUIDO AL TRIBUNAL

6.1. Se arguyó, en las consideraciones de las cuales me separo, que (i) la actividad uterina irregular es un tipo de sufrimiento fetal (pág. 34), (ii) la ausencia de continuidad en la atención de la gestante era un factor de riesgo para el infante (pág. 36-38), (iii) la ausencia de movimientos fetales

imponía la realización de pruebas de bienestar fetal que no se practicaron (pág. 38-39), (iv) debió desembarazarse a Luz Mery Sanabria Zambrano (pág. 41-44, 47-49), (v) el dolor punzante en la pierna era prueba del trabajo de parto (pág. 44-46), (vi) la hipotensión debió conducir a una respuesta médica (pág. 47), y (vii) la presencia de meconio revela tardanza en el parto (pág. 50-54).

Estas conclusiones, propias de la ciencia médica, fueron obtenidas de una revisión de artículos, libros y escritos académicos.

6.2. No obstante, una exploración de otras fuentes doctrinales permite develar que los anteriores colofones, en gran medida, son discutibles, por lo que en ellos no podía asentarse una decisión indemnizatoria, amén de la disparidad en los criterios científicos.

Y es que la providencia mayoritaria pretende obtener, de la *actividad uterina irregular*, una prueba concluyente de la necesidad de intervención médica para el desembarazo de la señora Luz Mery Zambrano Acevedo, sin advertir que la existencia de contracciones es dable a medida que avanza en el embarazo, sin que ellas develen el inicio de trabajo de parto, pues no todas ellas suponen dilatación cervical¹⁸.

Los expertos indican que *«[a] medida que el embarazo progresa, las contracciones uterinas aumentan en intensidad y frecuencia, de tal forma que pueden ser percibidas por la gestante e incluso ser dolorosas. Estas contracciones se denominan de Braxton-Hicks y suelen ser esporádicas, breves e irregulares y no suelen producir modificaciones*

¹⁸ F. Gary Cunningham y otros, *Obstetrics*, 24 ed., McGraw Hill, Estados Unidos de América, 2014, Capítulo IV.

cervicales. En ocasiones, estas contracciones pueden llevarnos a un falso diagnóstico de amenaza de parto pretérmino... Durante semanas se produce la transición desde un patrón contráctil irregular, de poca intensidad y escasa frecuencia, a otro de contracciones rítmicas, frecuentes e intensas que conduce al borramiento y dilatación cervical y a la expulsión del feto»¹⁹.

Las falsas contracciones se asocian a una descoordinación de la actividad uterina, por cuanto no se proyectan sobre toda la zona abdominal y su periodicidad es discontinua, por lo que dan lugar a una actividad uterina irregular. *«Una dinámica uterina es coordinada si los intervalos entre las contracciones son regulares y la intensidad de las mismas es muy parecido entre sí... Cuando la contracción es normal, existe una perfecta coordinación de las distintas zonas uterinas, siendo así que el acmé de la contracción se consigue de forma sincrónica en todo el útero, a pesar de que la onda contráctil haya llegado a las distintas zonas en distintos momentos»²⁰.*

Deberá diferenciarse, entonces, entre la falsa y la verdadera labor de parto, caracteriza la primera porque las contracciones son pequeñas e irregulares, aunque eventualmente generan dolor en la parte baja del abdomen, se extienden por varios días y son tratadas con hidratación y descanso; la segunda es *«dolorosa, con repetitivas contracciones uterinas que incrementan progresivamente en intensidad y duración, y tiene como resultado la dilatación de la cavidad cervical... normalmente comienza en la parte*

¹⁹ L. Cabero, D. Saldívar, E. Cabrillo, *Obstetricia y Medicina Materno-Fetal*, Ed. Médica-Panamericana, Buenos Aires-Madrid, 2007, p. 408.

²⁰ Ibidem, p. 409.

superior del abdomen y se irradian a la pelvis y espalda baja»²¹.

Luego, la existencia de *actividad uterina irregular* el 19 de junio de 2007 (folio 5 del cuaderno 1), no conducía indefectiblemente a una intervención médica inmediata, pues la discontinuidad de las contracciones era indicativa de un falso trabajo de parto, como bien lo señaló el doctor Callamand en su declaración (folio 987); laborío que podía prolongarse por varias semanas. Máxime, cuando la edad gestacional del feto (FUR) y la ecografía indicaban normalidad²², lo que descartaba la presencia de signos de alarma.

Tampoco la existencia de un dolor lumbar con irradiación hacia la pierna (folio 7) indicaba una verdadera labor de nacimiento, pues la locación del mismo dejaba entrever una causa diferente, tal como una lumbalgia - según lo reconoció el doctor Callamand (folio 988)-. Recuérdesse que las contracciones reales, usualmente, comienzan en la parte superior del abdomen y se extienden hacia la parte baja del vientre.

En adición, según la historia clínica, la frecuencia cardíaca fetal (FCF) era positiva, sin que la madre relatara síntomas adicionales al dolor posterior (idem), por lo que no existían razones que motivaran una cesárea inmediata.

De otro lado, la supuesta ausencia de seguimiento a los problemas neurológicos o cardíacos de la madre

²¹ Judith E. Tintinalli y otros, *Tintinalli's Emergency Medicine*, 8va Ed., McGraw Hill, Estados Unidos de América, 2016 (traducción libre).

²² «Paciente con embarazo de 39 sema<nspir, Fur y Eco de curso normal se solicita peiful (sic) fetal cita 1 semana recomebndaciones (sic) sobre activiad (sic) uterina» (folio 6 del cuaderno 1).

tampoco era un factor que expusiera al infante a una situación riesgosa, pues las anotaciones médicas dan cuenta de una gestación sin entorpecimientos y con seguimiento periódico, como se relató en las consultas realizadas el 2 de abril -*gestación sin complicaciones, controles prenatales*- (folio 93), 22 de junio -*parto vaginal sin complicaciones*- (folio 120) y 3 de agosto de 2008 -*fruto de la primera gestación que cursó sin complicaciones*- (folio 129).

En el mismo sentido, la historia principiada en la Fundación Hospital de la Misericordia también da cuenta de ocho (8) controles antes del nacimiento y tres (3) ecografías, las cuales arrojaron resultados satisfactorios (folio 140). Aseveraciones armónicas con la relación de servicios prestados por la EPS a la madre, la cual relata ecografías practicadas los días 24 de marzo, 28 de mayo y 8 de junio de 2007 (folios 264-271). Lo que explica que el doctor Callamand concluyera que era un embarazo de bajo riesgo (folio 987).

Igual criterio fue expuesto por el doctor Aldana, quien recalcó que los controles prenatales permiten la adopción de medidas preventivas para evitar un sufrimiento fetal futuro (folio 339), lo que sucedió en el caso como se explicó en precedencia.

Ciertamente el 4 de marzo de 2006 se estableció que la progenitora podía padecer de una *cefalea debida a tensión*. Empero, en las citas médicas de 7 de octubre del mismo año, 17 de mayo, 19 y 20 de junio de 2007, se encontró que la presión arterial estaba dentro de los límites admisibles (folios 696, 687, 680 y 677), lo que permitía descartar una situación de preclamsia o eclampsia. A su vez la gestante, el 3 de mayo de 2017, esto es, mes y medio antes del parto,

negó «recurrencia de cefalea o de episodios sincopales durante gestación actual» (folio 690), lo que develaba que era un riesgo controlado.

El verdadero signo de alarma se configuró cuando la progenitora refirió *ausencia de movimientos fetales*, a las 16:01 del 20 de junio de 2007, (folio 10), lo que activó un plan de hospitalización y seguimiento al alumbramiento, por encontrarse el feto en una posible situación de sufrimiento.

Así, en la historia clínica, se ordenó la *hospitalización para conducción de trabajo de parto y de la monitoria fetal* (folio 10). A las 17:15 se relató que el embarazo presentaba *«movimientos fetales activa (sic)[,] comenta paciente sentirlo mover»*. 5 minutos después *«se colocó monitor fetal[;] se observó movimientos activos y fetocardia positiva de 134»*. Pasados 25 minutos se practicó amniotomía y una hora más tarde se refirió *«fetocardia positiva movimientos fetales positivos»* (folio 666).

El partograma advirtió sobre la práctica de dos (2) monitorias fetales *-test estresante o prueba de tolerancia a las contracciones (PTC)-*, a las 17:45 y 18:45, con resultados favorables en materia de fetocardia y movimientos (folio 655).

Por tanto, ante la materialización de una situación de peligro, se tomaron medidas médicas inmediatas con pruebas de bienestar fetal, por lo que no puede compartirse la posición mayoritaria en sentido contrario. No está demás indicar que, según los expertos en obstetricia, existen cinco (5) métodos de control fetal *-test basal, prueba de la oxitocina, estimulación vibroacústica fetal, perfil biofísico*

*fetal, doppler, y gasometría fetal*²³, por lo que al acudir a uno de ellos los profesionales médicos satisficieron las exigencias de la *lex artis ad hoc*.

Por último, la presencia de meconio en el líquido amniótico es recurrente en el trabajo de nacimiento, pues «[e]n 10 a 20% de los partes se observa líquido amniótico teñido de meconio... El paso del meconio dentro del útero indica en general sufrimiento fetal y es necesario informar... ante la posibilidad de que el recién nacido presente un estado deprimido al nacer»²⁴. En este caso lo recomendable es acudir a la cesárea, como mecanismos para mitigar los riesgos en el sistema respiratorio del menor²⁵.

En el *sub examine* los profesionales médicos verificaron el líquido amniótico sin que vislumbrara la presencia de meconio, por lo que se descarta un desembarazo quirúrgico.

En efecto, del día del alumbramiento -a las 17:45- se hizo una amniotomía -ruptura de bolsa- y se vislumbró «líquido claro [y] escaso» (folio 666). Esta condición se mantuvo a las 19:45 y 21:35, pues el fluido conservaba su coloración clara, según se anotó en el partograma suscrito por los ginecoobstetras que atendieron el nacimiento (folio 655).

La claridad es equivalente a la ausencia de meconio, pues la presencia de éste provoca una coloración verdosa;

²³ Cfr. M. Gallo Vallejo, M. Martínez Cuevas y C. Santiago Blázquez, *Control del bienestar fetal anteparto. Métodos biofísicos y bioquímicos*. En *Tratado de ginecología y obstetricia*, Médica Panamericana, Madrid, 2014.

²⁴ Alan H. DeCherney y otros, *Diagnóstico y Tratamiento Ginecoobstétricos*, 11ª Ed., Mc Graw Hill, México, 2014.

²⁵ Shoemaker y otros, *Tratado de medicina crítica y terapia intensiva*, 4ª Ed., Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2000.

por tanto, dable era descartar una situación de sufrimiento fetal, conclusión ratificada por los resultados de las monitorias fetales y la sintomatología de la madre, por lo que en este punto se rechazan las conclusiones del doctor Aldana (folios 337-338).

Total que, *«en la medida que el líquido amniótico incrementa su coloración e impregnación de meconio, existe mayor incidencia de complicaciones neonatales. Mientras que si el líquido es más claro, se puede afirmar que existen mayores nacimientos normales»*²⁶.

En suma, los padecimientos de la madre previos al embarazo, la actividad uterina irregular, el dolor lumbar, la hipoactividad y la presencia de meconio, no prueban que la EPS faltara a sus deberes legales como garante de la correcta prestación del servicio, contrario a lo aseverado en las consideraciones de la sentencia de las cuales me aparto.

Para finalizar este acápite, con todo respeto, califico de inconveniente que la Corte se arrogue la facultad de definir el tratamiento médico que debió dispensarse a la gestante -desembarazo por cesárea-, soportado únicamente en la valoración de la historia clínica y algunos artículos académicos, en contravención de la conclusión a la cual arribaron los obstetras que manejaron la situación. En especial, por ignorarse que una cesárea es un tratamiento que *«tiene indicaciones precisas... [y] sólo se debe indicar cuando un parto vaginal sea riesgoso... El parto vaginal debe, entonces, intentarse siempre y solamente por razones*

²⁶ Carmen Desiree Coba Abanto y Frecia Melissa Sánchez Pérez, Relación entre el grado de tinción meconial del líquido amniótico durante el trabajo de parto y la presencia de complicaciones neonatales. En *Revista Salud, Sexualidad y Sociedad*, 1(1), Perú, 2008.

de salud se debe optar por otra vía»²⁷. De hecho, estudios recientes asocian la cesárea con una mayor probabilidad de síndrome de dificultad respiratoria neonatal²⁸, por lo que su realización debe ser excepcional y sólo frente a situaciones de riesgo.

No obstante,

[e]l progresivo aumento en la tasa de cesáreas, ocurrido en especial en los últimos 30 años, constituye una situación sumamente conflictiva en la medicina perinatal y es motivo de gran preocupación por su negativo impacto sobre la salud de las madres y sus RN, como así también por el incremento en los costos de la atención. En un artículo reciente, Ecker y Frigoletto refieren varios aspectos interesantes relacionados con esta situación. Mencionan que, en el Hospital de Boston, la tasa de cesárea en 1937 era de 3,5% y que, en gran parte, esta baja frecuencia se justificaba por la altísima mortalidad materna asociada al procedimiento (6% en primíparas). En la medida en que, a través de los años, los riesgos inherentes al procedimiento decrecían notablemente, las indicaciones de cesárea aumentaban. Al inicio esto resultó beneficioso por ser una solución adecuada ante situaciones que comprometían la salud de las madres o de sus hijos. Sin embargo, progresivamente las indicaciones de la intervención no se relacionaron con ningún riesgo o los beneficios potenciales eran mínimos o muy improbables... El notable aumento de cesáreas no indicadas ante un riesgo materno o fetal, llevó, en especial en los últimos 15 años, a que rápidamente los obstetras consideraran el nacimiento por cesárea como una mejor opción que el parto vaginal, principalmente por motivos relacionados con mayor conveniencia en su ejercicio profesional, incluido el riesgo a demandas legales²⁹.

²⁷ Mauricio Besio R., *Cesárea versus parto vaginal. Una perspectiva ética*, Rev. méd. Chile v. 127 n. 9, Santiago, 1999.

²⁸ Fernando López D'Amato, Javier Meritano, Carolina Da Representação, Mara Licudis, Analía Romano, y Eduardo Valenti, *Síndrome de dificultad respiratoria neonatal: Comparación entre cesárea programada y parto vaginal en un recién nacido de término*. En *Revista del Hospital Materno Infantil Ramón Sardá*, vol. 25, núm. 3, 2006, pp. 109-111.

²⁹ Dr. José M. Ceriani Cernadasa, Dr. Gonzalo Maríania, Dra. Amorina Pardo, Dr. Adolfo Aguirrea, Dra. Cecilia Pérez, Dr. Pablo Brenera, Dra. Florencia A. Cores Ponte, *Nacimiento por cesárea al término en embarazos*

Esta tendencia también hizo eco en nuestro país, según las últimas estadísticas del Ministerio de Salud sobre la materia:

De acuerdo con los datos de la base de datos de uso de servicios de salud del Ministerio, el total de partos por cesárea en catorce EPS del régimen contributivo para el año 2013 fue de 173.758. Esto corresponde a 61,10% de los 284.359 partos que se presentaron en el periodo analizado...

Según los datos de Estadísticas Vitales del DANE, que recoge el total de nacidos vivos en el país, el porcentaje de cesáreas en Colombia ha ido en aumento, al pasar de 24,85% en 1998 a 45,51% en 2013...

De acuerdo con los datos de uso de servicios del Ministerio y de estadísticas vitales del DANE, la tasa de partos por cesáreas es muy superior a la de los países europeos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE³⁰.

Con la posición mayoritaria se está avalando esta expansión en la utilización de la cesárea, como mecanismo para evitar futuros cuestionamientos por responsabilidad médica, a pesar de los riesgos que genera para los menores y las madres, así como erogaciones adicionales que se derivaran para el sistema de salud.

6.3. A pesar del anterior disenso, estimo que en el caso se presentó un error de conducta atribuible a la entidad demandada, generándose el débito indemnizatorio a favor de los actores.

En efecto, según el partograma y la historia clínica de Luz Mary Zambrano, el día de alumbramiento se hizo

de bajo riesgo: efectos sobre la morbilidad neonatal, Arch. argent. pediatr. v. 108 n. 1 Buenos Aires ene./feb. 2010.

³⁰ Ministerio de Salud y Protección Social, *Atlas de Variaciones Geográficas en Salud de Colombia 2015- Estudio piloto - Resultados de partos por cesárea*, Bogotá, 2015.

seguimiento a la condición física del menor desde las 17:15 y hasta las 21:35, sin que haya evidencia de los cuidados dispensados hasta el nacimiento, a las 22:14, momento en el cual el líquido amniótico estaba teñido y el recién nacido presentaba una hipoxia severa.

Significa que, en un interregno de 39 minutos se presentó el meconio y su aspiración por el infante, sin que los profesionales médicos advirtieran la situación a pesar de hacerse practicado la amniotomía horas atrás, de lo cual se infiere razonablemente que no se hizo monitoreo en este ínterin, el cual hubiera permitido detectar situaciones como taquicardia, bradicardia, reactividad fetal, mancamiento del líquido amniótico o pérdida de movimientos fetales³¹, que derivaron en otro tipo de intervenciones médicas.

Los profesionales se limitaron a verificar el grado de dilatación y a preparar a la madre para el parto, según se advierte en el partograma y en la historia clínica (folios 666 reverso y 667), olvidando al menor que se exponía a los efectos nocivos de la acidificación originada por el meconio, lo cual hubiera podido detectarse de revisarse la frecuencia cardíaca basal. Total que, si bien se admite que el meconio, como método de control de bienestar fetal, es de poco valor³², pero *«cuando... se asocia a alteraciones de la FCF, pueden ocurrir un problema adicional que es el de la aspiración meconial... [el cual] produce un importante aumento de la morbilidad de hasta 20 veces más»*³³.

³¹ Gomella, Cunningham, Eyal, Zenk, *Neonatología*, 5ª Ed., Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2006.

³² Cfr. respuesta doctor Callamand (folio 989).

³³ L. Cabero Roura, S. Saldivar Rodríguez y E. Cabrillo Rodríguez, *Obstetricia y medicina materno-fetal*, Madrid, Médica Panamericana, 2007, p. 1049.

Por esto, desde la década de los 60, se admitió como axioma que «*durante el trabajo de parto, el feto debía ser vigilado, pues podía comprometer su oxigenación y desarrollar un ‘sufrimiento fetal agudo’ y que si este no era manejado rápidamente podía producir una ‘asfixia perinatal’.* Si esta asfixia perinatal era suficientemente grave, conduciría a un daño neurológico y específicamente a una ‘parálisis cerebral’»³⁴.

En contravía de estas exigencias de la *lex artis ad hoc*, los galenos dejaron de verificar las condiciones del feto, exponiéndole a riesgos mayores a los usuales, siendo probable inferir que esta fue la causa de su hipoxia y demás problemas neuronales, como lo indicó el doctor Aldana (folio 338), pues no existe evidencia en el expediente que los padres tuvieran antecedentes de enfermedades genéticas o que existiera una insuficiente placentaria.

Resumidamente, el juicio culpabilístico se origina en la falta de seguimiento al bienestar fetal en la fase final del parto, lo que compromete de forma directa a la EPS, quien tampoco acreditó controles o mecanismos para evitar este tipo de situaciones, como era de esperarse de la persona encargada de la adecuada prestación del servicio de salud y según los estándares de la *lex artis*.

El daño se encuentra acreditado por las lesiones permanentes del menor (folios 14, 16, 20, 23, 59, 71, entre otros); y el nexo causal está probado por la falta de detección de situaciones de sufrimiento fetal, lo que condujo a un resultado desproporcionado si se tiene en cuenta que, según los antecedentes médicos, lo normal era

³⁴ Enrique Oyarzún Ebensperger y José Andrés Poblete Lizana, *Alto Riesgo Obstétrico*, 2ª Ed., Universidad Católica de Chile, 2013.

el nacimiento de un bebé en buenas condiciones de salud, lo cual relució por su ausencia.

Estas razones debieron llevar a la condena de la EPS Sanitas S.A.

7. APLICACIÓN DE LA LEY 1438 AL LITIGIO

7.1. Conforme a los artículos 52 y 53 de la ley 4ª de 1913 la ley no obliga sino en virtud de su promulgación y su observancia comienza desde el día que se señale en ella o, en su defecto, después de dos (2) meses de su promulgación.

Se consagró, de esta forma, el universalmente admitido *efecto futuro de la ley*, según el cual las normas tienen eficacia de manera inmediata respecto a las situaciones que se configuren en su vigencia³⁵, sin que sea dable su aplicación a situaciones extinguidas o perfeccionadas, so pena de atentar contra la seguridad jurídica y los derechos adquiridos.

En otras palabras, las normas tienen eficacia *ex nunc*, salvo que el legislador prevea efectos retroactivos o establezca la ultractividad de la ley derogada.

7.2. En desatención de lo anterior, la sentencia de la cual respetuosamente aclaro el voto, juzgó el comportamiento de la entidad promotora de salud de acuerdo a la ley 1438 (pág. 57, 61-64), norma que no estaba en vigencia al momento del suceso trágico.

³⁵ CSJ, SC, 20 mar. 2003, exp. n.º 6726-

En efecto, el sustrato fáctico que concitó la demanda ocurrió en el entretanto comprendido entre el 19 y 20 de junio de 2007, fecha en que principió la actividad uterina irregular y se dio el alumbramiento.

Por su parte, la ley 1438, por la cual se reformó Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictaron otras disposiciones, se profirió el 19 de enero de 2011 y entró en vigencia «*a partir de la fecha de su publicación*» (artículo 145), sin prever su aplicación retroactiva.

Por consiguiente, no era posible atribuirle a la accionada fallas en su sistema de calidad, a partir de la deficiente atención de la gestante demandante, en los términos de la ley de marras, por tratarse de una norma posterior, que no puede regir situaciones consolidadas en el pasado.

8. DE LAS CONDENAS IMPUESTAS

8.1. Se impuso a la EPS Sanitas S.A. el deber de «*prestar el servicio de salud al menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano sin exigir el pago de las cuotas moderadoras, independientemente de si sus padres están cotizando o no al régimen contributivo del servicio de salud ofrecido por la EPS Sanitas*» (pág. 91).

Esta decisión, de naturaleza *extrapetita*, encuentra fundamento en el interés prevalente de los menores y la protección especial cuando se encuentran en discapacidad, eventos que permiten la adopción de medidas en exceso de las pretensiones de la demanda, siempre que sea en beneficio de aquellos.

Total que, cuando se pretende la salvaguardia de los intereses de los infantes y adolescentes, es menester que el juzgador haga uso de todas sus facultades para hacerlos efectivos, con el fin de garantizar condiciones adecuadas de desarrollo e impedir que se acentúe la disparidad natural a la cual se encuentra sometidos; situación acentuada en casos de discapacidad, pues existe una tutela reforzada según el artículo 36 de la ley 1098 de 2006 -*Código de la Infancia y la Adolescencia*-.

Esta línea fue reconocida expresamente en el párrafo 1º del artículo 281 del Código General del Proceso, según el cual *«[e]n los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole»*.

8.2. En este caso se condenó al lucro cesante futuro del menor, calculado según lo que *«habría recibido en su edad adulta como contraprestación de una actividad económica lícita de no ser por el grave daño que sufrió»* (pág. 92).

Esta posición es antagónica con la plasmada en la reciente providencia de 17 de noviembre de 2016, en la que se negó una súplica equivalente, por considerar que la productividad era una mera probabilidad (rad. n.º 2000-00196-01).

Patrocino este cambio jurisprudencial, por las siguientes razones, las cuales no fueron explicitadas en la sentencia mayoritaria:

(i) Las reglas de la experiencia indican que una persona adulta, concluido el débito alimentario, realiza actividades redituables como mecanismo para garantizar su sustento personal;

(ii) Existe un daño virtual cuando se tiene certeza sobre su ocurrencia futura, inferido del curso normal de los acontecimientos, el que es susceptible de ser reparado, aunque en la actualidad no se haya materializado;

(iii) Un daño virtual no es equiparable a uno hipotético, en tanto no depende del azar, sino que su ocurrencia está diferida al paso del tiempo en condiciones de normalidad; y

(iv) La extensión del deber alimentario, por un hecho imputable a un tercero, debe comprometer la responsabilidad de este último, siempre que se origine en una actuación contraria al ordenamiento jurídico.

Sigue de lo expuesto que, del curso normal de la vida, era predecible que el hijo de Luz Mery y Richard Mauricio ingresara a la vida laboral y, por tanto, cesara el débito de alimentos a cargo de estos, situación que se vio truncada por la falta de seguimiento en la fase final del parto, siendo deber de la EPS el pago de los perjuicios ocasionados, equivalentes a lo que obtendría mínimamente el descendiente al laborar y subsistir con su trabajo.

En los términos expuesto aclaro el voto y propongo una revisión concienzuda de los cambios que pretenden imponerse con la providencia de la cual tomo distancia

crítica, amén de la coherencia que debe guiar la actividad jurisprudencial.

Fecha *ut supra*.

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n.º 11001-31-03-039-2011-00108-01

En mi condición de integrante de la Sala de Casación Civil de esta Corte procedo a presentar el salvamento de voto en el asunto de la referencia. Con el profundo respeto que profeso por las mayorías, someramente expongo los motivos de mi divergencia frente a la decisión finalmente aprobada.

1. La parte demandante convocó por los trámites del proceso declarativo a EPS Sanitas S. A. con el fin de obtener la declaración de responsabilidad médica con ocasión de los “(...) *daños y perjuicios causados a la salud del niño Juan Sebastián Sanabria Zambrano, por atención médica tardía y defectuosa en el parto de Luz Mery Zambrano Acevedo*”, dispensada los días 19, 20 y 21 de junio de 2007.

Relató la parte demandante que la señora Zambrano de Acevedo contaba con 39 semanas en su primer embarazo

y presentaba actividad uterina irregular, dolor punzante en la región lumbar irradiado a pierna derecha, dolor abdominal y ausencia de movimientos fetales, que hacían inaplazable la extracción inmediata del niño por cesárea; no obstante, el 20 nació mediante parto vaginal eutócico (normal) con líquido amniótico meconiado, flácido, sin patrón respiratorio, cianótico y poco reactivo a estímulos externos, por la atención tardía del parto.

Según los hechos y las narraciones de la *causa petendi*, la madre asistió a la Clínica Colombia, inicialmente, 19 de junio de 2007 a las 7:50 a.m.; el mismo 19, luego de las 8 p.m., siendo atendida el 20 de junio a la 1:07 a.m., sin que le practicaran tacto vaginal, monitoreo al feto y ecografía para establecer la situación de aquél; pero, fue finalmente en la tercera visita del 20 cuando fue asistida.

La convocada se opuso y formuló excepciones. El fallo de primer grado negó las pretensiones y la Sala Civil del Tribunal de Bogotá lo confirmó. Contra esta decisión se promovió recurso de casación, el cual, halló próspero esta Corte, para proceder a dictar sentencia reemplazatoria de la del *ad quem*, condenando a la demandada.

2. La recurrida no debió casarse, ni tampoco dictarse fallo sustitutivo, por distintas razones, unas de índole probatoria, y otras, de naturaleza estrictamente conceptual, según adelante expongo.

No desconozco las consecuencias adversas en la salud del menor Juan Sebastián Sanabria Zambrano, y de contera en los otros demandantes; sin embargo, frente a la tarea de juzgamiento imparcial, autónoma y objetiva que compete a los jueces, es mi deber exponer el porqué no la comparto en este caso. La conclusión del Tribunal, cuya sentencia es motivo del recurso extraordinario, no es contraevidente: no se acreditó con prueba alguna, ni menos, practicada y valorada en juicio, la culpa galénica; y por lo tanto, la decisión del colegiado, confirmatoria de la de primer grado, no podía ser invalidada por esta Corte, en la fase del *iudicium rescindens*.

2.1. La parte demandante no podía tener éxito en las pretensiones por cuanto las reclamaciones resarcitorias no fueron demostradas. Hay orfandad probatoria. Tampoco se estableció desde el ámbito del nexo causal que los daños sufridos por el menor (disfunción orgánica múltiple, parálisis cerebral y minusvalía, encefalopatía hipóxica isquémica; cuadriplejía espástica, retraso cognitivo, epilepsia, síndrome de West y apnea del sueño), fueran resultado del proceder negligente o imprudente de los profesionales que atendieron el parto. Con esto señalo, que los elementos básicos, los axiológicos de la responsabilidad por daños, no resisten análisis.

La construcción de la decisión condenatoria de la que disido, no solo rompe la estructura del recurso de casación, también sumerge la doctrina de la responsabilidad civil de la Corte en la inseguridad jurídica y cimenta una decisión

en pruebas inexistentes para condenar, tras alterar el principio de la carga de la prueba, aún, a costa de afectar el debido proceso de la parte demandada. Finalmente, resulta inadmisibile, que toda la actividad médica sea vista desde el marco de la responsabilidad objetiva, todo lo cual quiebra los cánones de la razonabilidad jurídica y de la doctrina de esta Corte sobre las obligaciones de medios y resultados, pero también desconoce la misma ley colombiana, como adelante lo demuestro.

2.2. Dada la complejidad del problema jurídico propuesto a la Sala, la decisión no podía fundarse en suposiciones valorativas de la prueba; ni mucho menos, a partir de la contrastación de una eventual o presunta "*literatura científica médica*" ajena a la propia realidad del acto médico juzgado, debidamente identificado y limitado por la parte demandante, en concreto para los días 19 y 20 de junio de 2007, como fundamento de la *causa petendi*. Realmente, la sentencia realiza una serie de disquisiciones teóricas desde esa "*literatura*", mutándola en soporte fáctico y jurídico con "*presunto criterio médico de certeza*", y además, como un medio probatorio adicional, para fulminar la responsabilidad médica deprecada, al margen de la prueba allegada a la foliatura en los términos de la ley de enjuiciamiento correspondiente.

Esas opiniones científicas, denominadas en la providencia "*conocimiento científico afianzado*", llegan al proceso, sin haber surtido el trámite de contradicción, frente a la parte opositora; aparecen como fuente

bibliográfica, ahora transformada en medio probatorio, e inusualmente se erige como bastión para edificar la condena. Su presencia es intempestiva en sede de casación, y fluye como medio de convicción para juzgar y proveer por parte de la Corte, en forma injustificada una decisión estimatoria, sin someterse a un análisis crítico con las pruebas técnicas de rigor, o al menos, con las aseveraciones de otros galenos especialistas en el área o de expertos de la lista de auxiliares de la justicia. No se sabe de ese acervo conceptual, si realmente es *"aparente"* o *"fundado"*, ni cuál la validez de los criterios que con pretensión científica son expuestos al interior de la sentencia.

Todo ese material, llega a la comunidad cultural y científica, o en nuestro caso, a la jurídica, y de ese modo al proceso judicial, como fuente de conocimiento en un campo tan especializado y delicado, por medio de artículos publicados en revistas, en libros, en la red social o en cualquier otro medio de conocimiento. Muchas veces, el mismo juez de la causa es quien los consulta para apoyar la valoración probatoria o su grado de convicción, y se lo apropia, no solo como si fuera juez, sino también como la autoridad de la disciplina científica respectiva objeto de juzgamiento, desbordando su tarea estelar de juzgar. En este caso, la sentencia cuestionada, sin que hayan transitado en las instancias, consulta aquéllos, pero además, los muta en dictámenes jurídicos como autoridad y tabla de verdad, y por tanto, los autores de esos informes o artículos, a los cuales la sentencia les da todo el crédito, sin que se conozca por las partes quiénes son, se convierten en

peritos judiciales del caso, que permiten edificar la condena. Esto es un despropósito, frente al debido proceso, porque se transgrede rectamente la regla 29 de la Carta, y los principios elementales del derecho de contradicción.

La falibilidad de la fuente científica es palmaria. Es inalcanzable la cantidad de información que se produce a diario en medicina; más de 20.000 publicaciones biomédicas periódicas y el catálogo de más de 250.000 artículos anuales tan sólo en la Biblioteca de Medicina de los Estados Unidos (Venturelli, 1997), demuestra la imposibilidad absoluta de abarcarlo o transmitirlo todo. El crecimiento exponencial del conocimiento y de la literatura disponible induce a profesores como el Dr. Sydney Burwell, quien fuera Decano de la Escuela de Medicina de la Universidad de Harvard, a hacer advertencias a sus estudiantes como la de que "*(...) en 10 años estará probado que la mitad de lo que usted ha aprendido como estudiante de medicina es equivocado, y el problema es que ninguno de sus profesores sabe qué mitad será*" (Sackett, Straus, Richardson, Rosenberg Haynes, 2002). Hoy se dice que hasta el 75% del conocimiento médico se renueva cada 5 años¹.

No sabemos, quienes son esos nuevos peritos de la prueba, pero trascienden y rebasan sus leyes, porque ni

¹ Sackett, D.L.; Straus, S.E.; Richardson, W.S.; Rosenberg, W. & Haynes, R.B. (2002). *Medicina basada en la evidencia* (2a Ed. en español). Madrid: Elsevier España, S. A.; ISAZA RESTREPO, Andrés. *Clases magistrales versus actividades participativas en el pregrado de medicina. De la teoría a la evidencia*. Revista de Estudios Sociales, no. 20 (junio de 2005), ISSN 0123-885X.

fueron pedidos por las partes, ni están decretados, ni practicados en las oportunidades de rigor, pero si llegan a última hora como fuente de verdad. No se conocen respecto de ellos, cuáles son los parámetros de rigidez científica, la calificación de la preparación de los autores, la fuente de sus opiniones, la validez de las mismas para ser tenidos como ciencia que dé fiabilidad a la decisión.

En el caso, con fundamento en ellos, se censura acerbamente una práctica técnica y científica, que se ejecuta en un quirófano, en un centro médico o en una clínica, o en una sala de cirugía; y para el caso concreto, en la sala de partos. Ese presunto "*conocimiento científico afianzado*", se torna, repentinamente en medio de convicción, para interpretar unos hechos concretos, consignados en la *causa petendi*, cuyos supuestos fácticos o cuya práctica médica, ni siquiera están demostrados con la historia clínica, ni con las notas de enfermería, ni mucho menos con otros medios de prueba, tales como los testigos técnicos intervinientes en el acto médico censurado o en el proceso, o con los dictámenes periciales del caso.

Esas ilustraciones, como "*presunta lex artis*" o "*conocimiento científico afianzado*", no pueden servir de fundamento para contrastar los hechos de la demanda, ni para verificar si corresponden a la verdad real; ni menos, finalmente como base conceptual, para asentar una condena, pues simplemente traducen un planteamiento teórico conjetural hipotético, que llega advenedizamente al proceso, al margen de los medios y de las reglas de la

prueba judicial, sin análisis crítico, para hallarlos como fuente de verdad.

Con el respeto debido para con la mayoría, no se trata de que el juez deba ser ignorante sobre el tema juzgado. No. Se trata de la exigencia de observar sagradamente el respeto del elemental derecho de contradicción y de la aplicación rigurosa de las normas de la prueba para que el contradictor exprese su opinión.

Por otra parte, la sentencia de la que me separo, ignora que para la prosperidad del error en casación, éste debe ser patente, ostensible, que brille al ojo. No de análisis de pareceres, ni de la exposición de meras contrastaciones de opiniones, *“completando el trabajo del casacionista”*.

Un hecho dañoso, puede ser doloroso y gravísimo, pero la prudencia, la Constitución y la ley, imponen al juez, decidir objetivamente, signado en un todo, a las estrictas reglas del proceso y de la prueba. Un proceso y una condena no se pueden fundar en una *lex artis* que dista de la verdadera realidad fáctica

La ausencia de error en la sentencia del Tribunal se infiere, a partir del enorme esfuerzo argumentativo que debe hacer la Corte, en un derroche persuasivo fincándose en el presunto conocimiento científico afianzado para otorgar fundamento a la decisión, como por la extensa exposición retórica de investigaciones cuya fundabilidad no se conoce. No se acredita en la foliatura si aquéllas publicaciones se

hallan validadas por expertos obstetras en el área, si están expuestas en revistas indexadas o indizadas o no; no se sabe, cuáles pares científicos académicos de la obstetricia o ciencia respectiva avalaron las afirmaciones de esas publicaciones, ni mucho menos, con relación a las conclusiones que contienen, si ostentan las técnicas de análisis de esas opiniones, los casos concretos a partir de los cuales ese presunto conocimiento científico fue convertido en afianzado. Tampoco se conoce el método científico y su rigor en la validación de los resultados, mucho menos, se conocen cuáles fueron las bases estadísticas, los experimentos que les sirvieron de soporte, para reputarlos científicos y para que puedan servir de fuente de análisis y de contrastación de una realidad hospitalaria, cuyos supuestos fácticos, insisto, no están probados. Desde esa perspectiva, tales análisis podrán ser asumidos en juicio como ¿conocimiento científico afianzado?, ¿Pueden, en últimas, apoyar una condena judicial?

En este punto del análisis, es necesario señalar que no puede equipararse la técnica probatoria a la cual se acoge la sentencia con prescindencia del debido proceso, frente al laborio que ejecuta el juez cuando acude a las fuentes formales del derecho, a la ley, a la doctrina, a los tratadistas, al *soft law* o al *hard law*, para argumentar una decisión, porque la ciencia médica y el derecho difieren como disciplinas de conocimiento en el objeto, en el método y en las leyes propias que las regulan.

Aun cuando las dos se ocupan del ser humano, la primera, se halla en el campo propiamente científico, crece y avanza por ensayo y error, se somete a la validación, es disciplina del ser y frecuentemente acude y debe hacerlo, a la par con los métodos de las disciplinas exactas.

El Derecho, por el contrario, es área del deber ser, utiliza la coercibilidad, sus disposiciones pueden violarse porque no se cumplen irremediablemente en forma causal, no se construye en los laboratorios, ni con la experimentación, porque en la premisa lógica y epistemológica del derecho, no siempre que nos es dado A, el resultado es B, como si acontece, cuando para obtener una molécula de agua, a dos átomos de hidrógeno les agrego uno de oxígeno, para que me reporten H₂O como resultado.

Luego esa comparación que hace la sentencia en el punto, es impertinente; de consiguiente, cuando la Sala razona de ese modo, para defender la procedencia de aquéllos análisis de la presunta *lex artis*, como elemento probatorio y como criterio de autoridad para proveer condena, haciendo sinonimia como fuentes probatorias y de conocimiento, entre el “conocimiento científico afianzado” en la medicina, con relación a los tratadistas del derecho que utiliza el juez, incurre en palmario error, porque de paso, ignora el principio central, según el cual, con relación al Juez, “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”. Además, frente a ella, el sentenciador, es el propio perito autorizado por el ordenamiento para aplicar el derecho en cada caso

concreto, estando obligado a juzgar, aún sin existir ley aplicable al caso, y por norma constitucional, está sometido en sus fallos al imperio de la Ley y la Constitución, debiendo perentoriamente, tener como criterios auxiliares, la doctrina, la jurisprudencia, los principios generales de derecho y la equidad; para cuyo conocimiento y guía debe acudir a la jurisprudencia, a los doctrinantes, a los tratadistas, a los manuales de derecho, a los artículos de investigación, etc.

Ya, esta Corte, tiene pautas claras para analizar asuntos relacionados con decisiones técnicas como ésta. Por ejemplo, con ponencia del Dr. Jorge Santos Ballesteros, en un asunto análogo expuso, en estudio que ponderadamente trasuntó el fallo de segundo grado, siguiendo la causalidad adecuada, y que hace suyo esta disidencia, por venir al caso:

"(...) cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquellos que la practican– y que a fin de cuentas dan, con carácter general, las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las

reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan. De la misma manera, quedará al abrigo de la decisión judicial, pero tomada con el suficiente conocimiento aportado por esas pruebas técnicas a que se ha hecho alusión, la calificación que de culposa o no se dé a la actividad o inactividad del profesional, en tanto el grado de diligencia que le es exigible se sopesa y determina, de un lado, con la probabilidad de que el riesgo previsto se presente o no y con la gravedad que implique su materialización, y de otro, con la dificultad o facilidad que tuvo el profesional en evitarlo o disminuirlo, asuntos todos que, en punto de la ciencia médica, deben ser proporcionados al juez a efectos de ilustrarlo en tan especiales materias”.

2.3. No podía condenarse a la demandada priorizando un concepto médico discutible, para el caso, pero ante todo ajeno a los propios conocimientos obstétricos o ginecológicos.

En efecto, respecto a los testimonios aportados se evidencia falta de correlación en cuanto a las especialidades, entre los galenos: Andrés Augusto Callamand Borrero y José Aldana Valdés. El primero es ginecólogo, coordinador de ginecología y obstetricia de la Clínica Universitaria Colombia; y el segundo es neurólogo, especialista en pediatría y neonatología. Erradamente, la decisión contrasta sus versiones, pasando por alto, la desigualdad profesional y teórica, puesto que a cada especialización, competen áreas de saber diferentes, tienen formas de proceder que difieren unas a otras y en esa medida, sus áreas de conocimiento no son comparables. La

¹ CSJ. Sent. del 26 de septiembre de 2002, exped. 6878, M. P. Jorge Santos Balesteros, reiterada en sentencia de 14 de diciembre de 2012, en el exped. 202 00188 01, por el actual ponente de este litigio, Dr. Ariel Salazar Ramírez.

equiparación en la cuestión, es yerro evidente. Únicamente pueden realizarse parangones entre iguales o idénticos, frente a especialidades que tengan el mismo conocimiento, no frente a desiguales.

Para aclarar lo anterior, es como si un cirujano general fuera a juzgar aquello que realiza un oftalmólogo o un retinólogo. Ciertamente, el hecho de ser médicos, les otorga a los dos profesionales conocimientos generales y básicos en la medicina, pero el ejercicio de una especialidad implica necesariamente que el análisis y el marco teórico práctico de cada galeano, tenga un enfoque hacia áreas de conocimiento específicas, que no poscan la pericia, la preparación ni las bases de la especialidad que cada cual tiene o de áreas que no le competen, y que la misma especialidad los someta a un campo restringido y diverso, tanto en su formación especializada, como en práctica clínica, como en los saberes científicos que abordan.

El Dr. José Aldana Valdés, neurólogo, no es obstetra; en su versión se basa en la sintomatología que presenta el menor con posterioridad a su egreso de la unidad de cuidado neonatal y en las pruebas imagenológicas realizadas; para este caso, la resonancia magnética nuclear, ejecutadas con posterioridad al nacimiento como se constata en la historia clínica con los hallazgos descritos como *"hemorragia del parénquima cerebral"*, los cuales no pueden ser atribuibles en forma directa a un sufrimiento fetal intenso durante el trabajo de parto; porque estos

cambios pueden darse meses antes al nacimiento o tiempo después del parto.

2.4. En fin, el *iudicium rescidens* de la Sala de casación ante la inseguridad probatoria, se lanza hacia un esfuerzo epistemológico y argumentativo, de tal modo, que para quebrar la sentencia del Tribunal, desconoce la prueba recaudada y el verdadero lugar de cada medio, desquiciando la soberanía del sentenciador, sin analizar si existía o no error, demostrando simplemente un contraste de pareceres, con fundamento en un presunto “*conocimiento científico afianzado*”, y en un testimonio de un neurólogo, ajeno en sus conocimientos al problema fáctico materia de juzgamiento, que tampoco tenía la calidad de médico tratante para el caso. Además, no puede pasarse por alto, que el testimonio del neurólogo, en ningún sitio, derriba el testimonio del obstetra, por cuanto depone sobre cuestiones diversas y desde una fuente de análisis diferente.

Mirese, que la EPS no fue negligente en la prestación de los servicios solicitados por los médicos, no negó su atención a urgencias, ni tampoco se sustrajo para que la criatura fuera valorada por diferentes especialistas, asumiendo con rigor la práctica de los diferentes exámenes solicitados. En su orden, en la atención de la paciente, estuvieron en contacto un ginecólogo, un médico general y un gineco-obstetra.

3. Al margen de la retórica empleada, por lo demás, expuesta *in extenso*, lo cual daría lugar a pensar que en la

motivación el problema jurídico fue descontextualizado; y frente a la abundante cita doctrinaria en lo médico, con independencia de su pertinencia y conceptualización, traduce vacilación en la decisión. En definitiva, se trata de una decisión que se construye sobre lo argumental, al margen de la prueba y del fundamento casacional que invade en forma grave, el ámbito de autonomía atribuida a los juzgadores de instancia en materia de apreciación fáctica y probatoria.

La decisión para dar por demostrados errores inexistentes, penetra la minucia de la prueba, como tratando de hallar una aguja en la manigua, haciendo caso omiso de la exigencia de la lógica casacional y marginando las reglas de la prueba, que imponen dar seguridad a la decisión cuando el error no es protuberante ni palmario, cual, frecuentemente lo expone la Sala en los inadmisorios y en fallos de casación:

"(...) [C]omo ha dicho la Corte, en este recurso extraordinario no basta el simple disenso de criterios para entender que, dejándose de lado el del tribunal, ha de acogerse el de la acusación, constante ha sido la jurisprudencia en señalar que en casación es muy excepcional la controversia sobre pruebas, porque la ponderación de estas compete, en principio, a los juzgadores de instancia, de suerte que el recurrente, antes que disputar a estos su autonomía, está forzado a demostrar que los razonamientos del fallador entrañan ostensibles desaciertos que repugnan al sentido común; demostración que, se reitera, es lo que aquí se echa de menos. (Sent. Cas. Civ. de 16 de julio de 2001, Exp. No. 6362). En especial, la jurisprudencia enseña que "el sentenciador de instancia goza de autonomía para calificar y apreciar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen pericial [también del informe técnico], mientras la conclusión que él saque no sea contraevidente, sus

juicios al respecto son inmodificables. Consecuente con lo anterior, los reparos por la indebida apreciación de la fuerza probatoria de una pericia (informe técnico), deben dirigirse a demostrar que el juez vio el dictamen de una manera distinta a como aparece producido, y que sacó de él una conclusión ilógica o arbitraria, que no se compagina con lo que realmente demuestru, porque, de lo contrario es obvio que lo así inferido por el fallador está amparado en la presunción de acierto, y debe ser respetado en casación” (CCXII, Pág. 143, reiterada en sentencias de casación civil de abril 12 de 2000, Exp. No. 5042 y 13 de agosto de 2001, Exp. No. 5993)” (cas. civ. Sentencia de 6 de agosto de 2009, Exp. 08001-3103-003-200100198-01)³ (Reiterada en sentencia de casación de 16 de mayo de 2011, referencia 52835-3103-001-2000-00005-01).

4. Brota de la prueba recaudada que no existió yerro alguno en la sentencia. Según los medios de convicción existentes la actividad uterina irregular no estuvo acompañada de *“dolor de cabeza intenso, visión de luces, pitos en los oídos, hinchazón de cara y manos, disminución o ausencia de movimientos fetales, sangrado activo y salida de líquido por la vagina”* (fl. 987, Callamand Borrero) de tal manera que urgiera para los días 19 o 20 de junio, síntomas de distocia que concitara la iniciación de una cesárea; recomendada, ésta última, únicamente en casos excepcionales por la OMS, máxime si la FCF, frecuencia cardíaca fetal, era normal 144 x min., según hallazgo *in situ* del gineco-obstetra Ospina Garzón; en consecuencia, los procedimientos se ajustaban a la *lex artis*.

La demandante y el neurólogo, Aldana Valdés, aluden a infección o hemorragia en la paciente. Pero en la historia clínica para las fechas de la *causa petendi* y del *petitum*,

³ CSJ. Civil. Sent. de Casación de 16 de mayo de 2011, con ponencia de William Naranjo Vargas, referencia 52835-3103-001-2000-00005-01.

nada de ello aparece, luego si se realiza un análisis objetivo de lo recaudado en autos, se va observando y dando razón a esta disidencia, quedando demostrado, cómo el error no se halla en la decisión del Tribunal. ¿Dónde está la sentencia condenatoria por falsedad y adulteración de la historia clínica, tras los juicios que se le hacen a estos documentos médicos?

Por otro lado, según la misma historia clínica, la ausencia de movimientos fetales únicamente se presentó el 20 de junio de 2007, incidente superado según la misma madre una hora y quince minutos después (fl. 666); oportunidad que al decir del mismo Dr. Aldana Valdés, daba lugar a la iniciación del trabajo de parto, como en efecto se hizo. Según las notas de enfermería, cuando se inicia el parto se consigna “(...) *con movimientos fetales activos comenta paciente sentirlo mover*”, cual se comprueba con el monitoreo médico (fl. 666). Y frente a la presencia de meconio reciente en tejido umbilical, para inferir trabajo tardío de parto, a este aspecto ni siquiera se refirió el mismo testigo de la demandante, Dr. Aldana Valdés; pero según el propio gineco obstetra, Callamand Borrero, es situación normal en el desembarazo, aclarando: “(...) *la presencia de meconio durante el trabajo de parto no es una evidencia patológica que pueda generar complicaciones intraparto*” (fl.989).

5. La cuestión se reducía a establecer si efectivamente hubo falta de diligencia en la atención brindada a la madre del menor antes y durante el parto,

ante la “*actividad uterina irregular*” que acusó horas previas al mismo, registrado así al comienzo en la historia clínica, entre las 7:50 horas del 19 de junio de 2007, y las 00:27 horas del 21 de junio de 2007, cuando ocurrió el alumbramiento, interregno durante el cual la gestante acudió a control fetal a la IPS de la entidad demandada en tres ocasiones.

¿Podía acaso, inferirse responsabilidad médica por el signo de sufrimiento fetal referido por el médico José Aldana Valdés, neurólogo pediatra? Si la actividad médica es de medios, ese hecho, ¿era suficiente para concluir la negligencia galénica, en cuanto ello sugería el nacimiento mediante extracción mecánica?; o ¿en el caso, se actuó conforme a los protocolos de la *lex artis*, como lo dictaminó el médico ginecólogo Andrés Callamad? ¿Acaso finalmente, puede edificarse un fallo de casación sobre la duda, desconociendo la solidez de la sentencia del Tribunal que se estructuró en el análisis de la prueba legalmente recaudada?

6. Con la sentencia de casación, la estructura de la solución de los problemas expuestos y muchos otros que allí están planteados, se rompe con toda con una decantada tradición jurisprudencial en la Casación, que desde siempre, ha pregonado la autonomía razonable del fallador de segunda instancia para auscultar la prueba. Simplemente, en un inusitado esfuerzo de ponderación subjetiva, se ponen en la balanza las dos declaraciones trascendentes, la del ginecólogo y la del neurólogo, optando

por darle prioridad a la de quien no era experto en la materia, y de quien hacia un análisis ajeno a la propia disciplina que concernía al problema jurídico planteado, y con referencias apenas tangenciales, sin peso probatorio para generar condena. Empero, todo ahora, se somete al vaivén y a la inseguridad.

7. Desde el punto de vista sustantivo, como ya lo hiciera en otra oportunidad en un fallo similar, se procura reasignar los elementos de la responsabilidad, faltando a la carga argumentativa y a las exigencias del art. 4 de la Ley 169 de 1896, sobre la necesidad de demostrar la impertinencia de continuar con los criterios que en materia de responsabilidad por más de una centuria ésta Corte siempre ha prohijado.

En efecto, con ocasión de otra disidencia del suscrito magistrado, no muy lejana, expuse mis criterios sobre la conceptualización que abriga también en esta ocasión la decisión ahora aprobada. Esos argumentos, los doy por reproducidos en un todo, en el presente salvamento. SC13925-2016, radicación 05001 31-03-003-2005-00174-01, de 30 de septiembre de 2016.

Pero además, en decisión reciente, SC7110-2017, radicación 05001 31-03-012-2006 00234-01, de 24 de mayo de 2017, aprobada en Sala del 2016, postuló esta Corte en forma unánime: *“Suficientemente es conocido, en el campo contractual, la responsabilidad médica descansa en el principio general de la culpa probada, salvo cuando en virtud*

de las “estipulaciones especiales de las partes” (artículo 1604, in fine, del Código Civil), se asumen, por ejemplo, obligaciones de resultado. ahora mucho más, cuando en el ordenamiento patrio, el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, ubica la relación obligatoria médico paciente como de medios.

“La conceptualización es de capital importancia con miras a atribuir las cargas probatorias de los supuestos de hecho controvertidos y establecer las consecuencias de su incumplimiento. Así, tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia del médico, mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume.

“Como tiene explicado la Corte, “[...] [s]i, entonces, el médico asume, acorde con el contrato de prestación de servicios celebrado, el deber jurídico de brindar al enfermo asistencia profesional tendiente a obtener su mejoría, y el resultado obtenido con su intervención es la agravación del estado de salud del paciente, que le causa un perjuicio específico, éste debe, con sujeción a ese acuerdo, demostrar, en línea de principio, el comportamiento culpable de aquél en cumplimiento de su obligación, bien sea por incurrir en error de diagnóstico o, en su caso, de tratamiento, lo mismo que probar la adecuada relación causal entre dicha culpa y el daño por él padecido, si es que pretende tener éxito en la reclamación de la indemnización correspondiente, cualquiera que sea el criterio que se tenga sobre la naturaleza jurídica de ese contrato, salvo el caso excepcional de la presunción de culpa que, con estricto apego al contenido del contrato, pueda darse, como sucede por ejemplo con la obligación profesional catalogable como de resultado”⁴. (subrayado fuera de texto).

“En coherencia, para el demandado, el manejo de la prueba dirigida a exonerarse de responsabilidad médica, no es el mismo. En las obligaciones de medio, le basta demostrar debida diligencia y cuidado (artículo 1604-3 del Código Civil); y en las de resultado, al presumirse la culpa, le incumbe destruir el nexo causal entre la conducta imputada y el daño irrogado, mediante la presencia de un elemento extraño,

⁴ CSJ. Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 2013, expediente 00025.

como la fuerza mayor o el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero”.

Si esa fue postura unánime, ahora resulta inadmisibles que la propia sentencia de la Sala y de la cual disiento reclamando también coherencia, soslaye la doctrina probable decantada en múltiples decisiones de esta Corte; sin exponer como obligatoriedad de la judicatura, dentro del marco de la transparencia doctrinaria, cuál es la razón para dar un giro absurdo en la concepción de responsabilidad, sin argumentar en el punto ni señalar el porqué la doctrina vigente resulta inepta para responder los problemas del derecho de daños en la materia (art. 7 inciso segundo de la Ley 1564 de 2012). La sentencia, injustificadamente, sin embargo, para defender la tesis contraria, enmarca la responsabilidad médica como una modalidad objetiva, de tal modo que desvertebra de tajo la naturaleza de obligación de medios que se otorga a la actividad galénica. Defiende, además, un criterio de imputación normativa u objetiva, sin demostrar los defectos del acervo conceptual construido en casación en el derecho de daños por años, desbordando y contrariando su central finalidad nomofiláctica.

En lo pertinente se omite contemplar el inciso segundo de la regla 7 del C. G. del Proceso, que dispone: *“Cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos”.*

Pero también transita a contrapelo de la propia ley vigente, aplicando parcialmente, con un criterio ajeno al modelo obligacional expuesto y fijado por el legislador en la Ley 1438 de 2011. En efecto, para documentar el derecho fundamental a la salud se apoya vehementemente en esta ley, pero en relación con las obligaciones galénicas, repudia y desecha la arquetípica diseñada allí por el legislador, pasando por alto que, justamente, esa misma ley concibe como obligaciones de medios las concernientes a la profesión galénica.

En efecto, el aludido estatuto, no hace otra cosa que plasmar la persistente doctrina de la Sala sobre la naturaleza de las obligaciones médicas, con rigor draconiano en el art. 104 cuando asienta: *"Modifícase el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, el cual quedará así:*

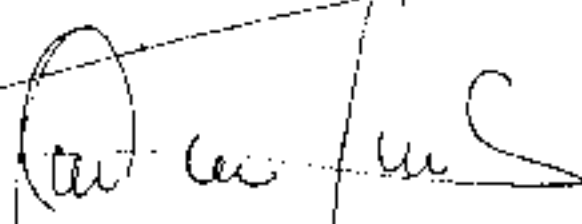
*"Artículo 26. Acto propio de los profesionales de la salud. Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. **Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional (...)**".*

8. En adición, si la sentencia buscaba indemnizar a la parte demandante, no debió hacerlo en forma timorata, sino otorgando la reparación que en verdad corresponde para asuntos de este linaje.

9. Finalmente, en buena hora acoge la tesis que defendíamos en Sala sobre la necesidad de condenar al pago del lucro cesante futuro, cuando de menores se trata.

Con toda consideración,

Fecha *ut supra*



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado

