



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada ponente

SC456-2024

Radicación n.º 76001-31-03-012-2012-00333-01

(Aprobado en sala del veintinueve de febrero de dos mil veinticuatro)

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Procede la Sala, en sede de instancia, a emitir sentencia sustitutiva dentro del proceso de responsabilidad médica promovido por Yamileth Osorio Ortiz y Francisco Leandro Rivera Castaño, quienes actúan en nombre propio y en representación de su hija Natalia Rivera Osorio; María Rosalba Ortiz Marín y Martha Ligia Castaño, contra S.O.S. Servicio Occidental de Salud S.A., E.P.S. Clínica Versalles S.A. I.P.S., Paula Andrea Ramírez Muñoz, Marcelo Iván Feuillet y Darío Alberto Santacruz, al cual Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. acudió como llamada en garantía, por cuanto mediante SC405-2023, se casó el fallo del 13 de diciembre de 2019 emitido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

I.- ANTECEDENTES

1.- Para sustentar sus aspiraciones, los accionantes relataron los hechos que a continuación se resumen:

1.1.- Yamileth Osorio Ortiz, quien se encontraba vinculada al Plan Obligatorio de Salud, en calidad de beneficiaria, a través de la EPS Servicio Occidental de Salud S.A., al estar embarazada de su primer hijo sin presentar ninguna complicación durante el periodo de gestación, el 8 de mayo de 2006 acudió a la Clínica Versailles S.A. para un control final, allí fue atendida por el médico Héctor Sarasti y remitida para valoración por ginecología.

El 12 de mayo siguiente, el ginecólogo Gilberto Mesa decidió hospitalizarla para inducción del parto a las 8:20 a.m., ordenándole monitoría fetal y misoprostol tabletas intravaginal; a las 2:30 p.m. del mismo día el médico John Carlos (sic), ordenó iniciar oxitocina; a las 4:30 p.m., la médica Paula Andrea Ramírez describió que se presentó ruptura espontánea de membranas a la 1:00 p.m., y que en ese momento la paciente presentaba *«una dilatación de 2 cm, borramiento del 70% y salía líquido amniótico de aspecto claro»*. La siguiente revisión se realizó a las 7:00 p.m., con *«dilatación de 3 cm., borramiento del 80% y líquido amniótico de aspecto claro»*.

En la historia clínica la doctora Paula Andrea Ramírez refirió que a las 10.00 p.m., persistía *«dilatación de 3 a 4 cm, con un borramiento del 80% pero no describe el color del líquido amniótico»*. La próxima valoración por parte de un profesional de la salud, solo

se presentó a las 3:30 a.m. del día siguiente 13 de mayo, es decir, cinco (5) horas después, cuando el médico Marcelo Iván Feuillet encuentra que la paciente llevaba al parecer *«media hora en periodo de expulsivo según lo escrito por él en el Historial Clínico, describiendo la presencia de un caput succedaneum, que según criterio médico “es cuando el bebé ha transcurrido mucho tiempo en el canal vaginal y debido a esto se empiezan a presentar cambios que terminan por deformar y comprimir las estructuras del cerebro»*. En ese momento fue llamado el Dr. Darío Alberto Santacruz, ginecólogo de turno, quien decidió realizar una cesárea de urgencia por persistir una *«presentación de variedad posterior»*.

La nota en la historia clínica puesta por el doctor Marcelo Iván Feuillet a las 3.30 a.m., *«presenta alteraciones precisamente en la hora de revisión y en el tiempo que llevaba la paciente en periodo de expulsión. Pese a ello, es contundente la falla del prestación del servicio médico por la negligencia, impericia, imprudencia y falta de atención por el periodo tan largo transcurrido sin valorar a la paciente, entre las 22:00 pm del 12 de mayo de 2006 y las 3:30 am del 13 de mayo de 2006»*.

1.2.- En la descripción del acto quirúrgico, refiere el cirujano que encontró *«recién nacido vivo, en canal vaginal deflejado con gran edema de cuero cabelludo y frente»*, sin mencionar el APGAR que es la escala de bienestar del recién nacido al momento del nacimiento. Por su parte, la doctora Ivonne Aldana en su nota de atención, plasmó: *«recién nacido a término con peso adecuado para la edad gestacional, asfixia perinatal, trauma perinatal, hematoma subganeal, ruptura prematura de membrana de 15 horas, hipoglicemia, síndrome de dificultad respiratoria: maladaptación neonatal, Descartar fractura craneana»*, y decidió remitirla a la unidad de cuidados intensivos.

1.3.- La niña recién nacida ingresó a la Clínica de Occidente a las 6:50 a.m. con signos de dificultad respiratoria, se indicó *«nace deprimida reanimación con PPI, importante edema en el cuello cabelludo y S.D.R. por lo cual lo remiten, presenta glicemia baja por glucometría manejada con L.E.V. (...)*» y se describió en la historia clínica que presentaba *«importante edema del cuero cabelludo, eritema del mismo, laceración en región parietal izquierda con sensación de líquido que se desplaza y abarca a la mitad posterior del hemicráneo (hematoma Subgaleal) cabalgamiento de suturas, hipotonía muscular, moro débil, moviliza las cuatro extremidades. Tórax con hiperinflamación, murmullo vesicular normal»*.

En el resultado del examen de escanografía de cráneo de 13 de mayo de 2006, se informó *«hay una colección hipodensa subgaleal en territorio fronto-parieto-occipital homogéneo bilateral aunque se extiende hacia el contorno izquierdo de la tabla ósea parietal el aspecto es hipodenso indicando un CAPUT, no hay evidencia de céfalo hematoma. Sistema ventricular solo permite una adecuada valoración de cuernos frontales y occipitales, aun no se observa una adecuada diferenciación entre sustancia gris y sustancia blanca y se evidencia mielinización en tronco cerebral, correlacionar con edad gestacional, no hay evidencia de lesiones intra parenquimatosas, no se observan colecciones epi ni subdurales no calcificaciones anormales»*; y en la resonancia magnética de 6 de julio, se dijo que presentó un daño del tejido cerebral relacionado con *«injuria perinatal»*.

La bebé estuvo en la unidad de cuidados intensivos durante 13 días, por sufrir un paro cardio respiratorio y convulsiones, requiriendo ventilación mecánica por varios días y alimentación por sonda. En la fundación Valle de Lili, fue atendida por el neurólogo quien explicó que había sufrido daño

a nivel cerebral y que eso le causaría unas secuelas y problemas neurológicos de por vida por falta de oxígeno al momento del nacimiento.

A medida que avanza el tiempo, la salud de Natalia ha desmejorado, presenta daños y alteración de la visión y requiere terapias de estimulación visual, control con «*ortopista*» y oftalmólogo, de igual forma, presenta un retraso severo en el neurodesarrollo al no poder sostener la cabeza, no puede voltearse ni sentarse por sí sola. Además, ha presentado convulsiones controladas, con crisis fuertes mayores a cinco (5) minutos que ponen en peligro su vida y merman la calidad de vida de los demás accionantes; su nuevo diagnóstico es «*Síndrome de Lennox Gastaup, parálisis cerebral tipo paresia espástica, microcefalia retardo severo en el neurodesarrollo, trastorno de deglución*».

1.4.- Es evidente la indebida prestación del servicio médico derivada de «*la negligencia, impericia, imprudencia y falta de atención por el periodo tan largo transcurrido sin valorar a la paciente, entre las 22:00 pm del 12 de mayo de 2006 y las 3.30 am del 13 de mayo de 2006, y por el estado en que se encontraba la paciente luego de ese lapso prolongado: en caput succedaneum*»; adicionalmente, cuando la hospitalizaron no había ginecólogo y solo 17 horas después llamaron a ese especialista.

1.5.- La responsabilidad endilgada a los accionados deviene de la grave omisión de la EPS S.O.S., la IPS Clínica Versailles S.A. y de los médicos tratantes, respecto de la atención dispensada a la gestante, «*específicamente por la demora (más de 5 horas) sin contar a la hora que llegó la cual fue a las 8.30 a.m.*

del día anterior, es decir, 17 horas en la atención médica adecuada durante el “periodo expulsivo” de la madre, estando a punto de dar a luz, el cual requiere un constante monitoreo por parte de los responsables», todo lo cual «repercutió en la salud del recién nacido (...) ocasionándole una asfixia perinatal y como consecuencia de esto dejando de por vida a la menor con un síndrome convulsivo y retardo del crecimiento y del desarrollo normal».

La culpa de los demandados se derivó de *«omitir un control en los protocolos señalados por la Secretaría de Salud Pública Municipal al llenar un reporte de trabajo de parto, el cual como se aprecia en los anexos no está completamente diligenciado paso a paso, así como la atención, vigilancia y cuidado que deben tener con sus pacientes», lo que quedó verificado con la Resonancia Magnética del 6 de julio de 2006 tomada en la Clínica de Occidente, en la cual «se diagnosticó la causa de la enfermedad de la paciente, manifestando inequívocamente que la menor padece de síndrome convulsivo secundario a asfixia perinatal».*

1.6.- Concurren los elementos que determinan la responsabilidad médica en el campo de la obstetricia toda vez que la señora Yamileth es una mujer joven, ese era su primer parto, durante todo el proceso de embarazo estuvo en controles y *«nunca se presentó ninguna complicación y solo al momento del alumbramiento por el abandono, la falta de cuidado, la ausencia del ginecólogo, el no practicarle los exámenes correspondiente como el monitoreo fetal para saber cómo se encontraba el nasciturus durante el proceso del alumbramiento es que se origina el daño (...) privando a la bebe no solo de gozar su infancia, de tener una vida normal con sus familiares, sino también privando a la mamá de continuar trabajando y viviendo feliz como una familia con una hija en normal desarrollo de sus funciones motoras y psicológicas».*

2.- Se solicitó declarar la «*responsabilidad civil*» de los convocados, por el daño ocasionado directamente a la menor de edad Natalia Rivera Osorio y a los demás accionantes - padre, madre y abuelas-, por la negligencia, impericia, imprudencia, y por la falta de vigilancia y cuidado, durante el trabajo de parto de la señora Yamileth Osorio Ortiz. En consecuencia, condenarlas a indemnizar los siguientes perjuicios:

- Morales: para cada uno de los promotores de la litis, el equivalente a 500 salarios mínimos mensuales vigentes, por la tristeza, profundo pesar y sufrimiento que les ha ocasionado el daño.

- Pérdida de oportunidad: Para cada uno de los actores, el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por «*pérdida de oportunidad de una vida sana (...) como es el desarrollo normal de una niña jugando, teniendo una calidad de vida digna y saludable, sin ir en detrimento de su desarrollo normal acorde a cada etapa de su vida*», toda vez que, debido a la negligencia médica en el servicio de salud prestado a la madre y a su hija, la bebé se asfixió, lo que impidió que «*continuara con su desarrollo normal*», pues la culpa del equipo médico le impidió «*tener una vida completamente sana con crecimiento y desarrollo normales, a sus padres y demás familiares de poder tener una vida con una niña sin ninguna enfermedad causada durante el trabajo de parto*».

- Fisiológico o daño a la vida de relación. A razón de 100 salarios mínimos para cada uno de los demandantes, por

cuanto se trata de un perjuicio de naturaleza inmaterial reflejado en la esfera externa de la vida.

- Materiales en sus modalidades de lucro cesante y daño emergente, a favor de la infante y de sus padres, en las cantidades indicadas en el acápite de «*declaraciones y condenas*»¹.

3.- Los accionados contestaron la demanda, se opusieron a las pretensiones y formularon excepciones de mérito, así:

3.1.- Darío Alberto Santacruz² y Paula Andrea Ramírez Muñoz³, alegaron: «*ausencia de imputación o causalidad jurídica entre la conducta desplegada y el daño*», «*división de trabajo*», «*inexistencia de responsabilidad por ausencia de las formas de la culpa*». «*exoneración por el cumplimiento de la obligación de medio*», «*indebida tasación de perjuicios*» e «*innominada*».

3.2.- Servicio Occidental de Salud S.A., SOS E.P.S.⁴ a manera de defensas invocó: «*cumplimiento contractual por parte de la entidad promotora de salud*»; «*inexistencia de prueba de los elementos estructurantes de la responsabilidad civil extracontractual médica por parte del demandante*» e «*inexistencia del nexo de causalidad*».

3.3.- Marcelo Iván Feuillet⁵, adujo: «*inexistencia de la relación de causa a efecto entre los actos de carácter médico brindado por el equipo médico del que hiciera parte el galeno Marcelo Iván Feuillet y los resultados que puedan haber afectado a la paciente y su criatura*», «*inexistencia de responsabilidad de acuerdo con la Ley*», «*exoneración por cumplimiento de*

¹ Folios 392 a 414, c. 1.

² Folios 421 a 439, c. 1

³ Folios 493 a 509, c. 1

⁴ Folios 171-205 c. 1

⁵ Folios 632-648. C. 1

la obligación de medio», «exoneración por estar probado que el galeno Feuillet Acosta empleó la debida diligencia y cuidado», «inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de los elementos estructurales de la responsabilidad» y «caso fortuito».

3.4.- La Clínica Versalles S.A., formuló las defensas que denominó⁶ «inexistencia de relación de causa a efecto entre los actos de carácter institucional de la Clínica Versalles S.A. y los actos médicos del equipo médico y los resultados que puedan haber afectado a la paciente y su criatura», «inexistencia de responsabilidad de acuerdo con la ley», «exoneración por cumplimiento de la obligación de medio», «exoneración por estar probado que el equipo médico de la Clínica Versalles S.A. empleó la debida diligencia y cuidado», «inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de los elementos estructurales de la responsabilidad», «caso fortuito» e «innominada».

Así mismo, llamó en garantía a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.⁷, que, a su vez, alegó: «inexistencia de la obligación de indemnizar», «prescripción extraordinaria derivada del contrato de seguro», «inexistencia de nexo de causalidad entre el comportamiento contractual del asegurado Clínica Versalles S.A. y el resultado final que haya podido causar perjuicios», «límite de amparos y coberturas», «sublímite de valor asegurado para los perjuicios morales», «carga de la prueba de los perjuicios sufridos y de la responsabilidad del asegurado», «límite de responsabilidad de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.», «indeterminación de los perjuicios reclamados y falta de prueba de los mismos», «violación al juramento estimatorio artículo 206 del Código General del Proceso» e «innominada».

⁶ Folios 531 – 554, c. 1ª.

⁷ Folios 59 a 73 C2

4.- El Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Cali profirió sentencia el 10 de mayo de 2019, denegatoria de las súplicas de la demanda.

En síntesis, el juzgador consideró que no se acreditaron la culpa y el nexo causal como elementos estructurantes de la responsabilidad médica, pues al estar regido el caso por la culpa probada, la parte actora debió demostrar que se incurrió en falla médica que conllevó a la lesión fetal, o en su defecto, *«que las indicaciones médicas estipulaban la improcedencia de la cesárea como única forma de terminar el embarazo, o que la inducción del parto fue inadecuada generándose por ello las lesiones en el feto, aspectos estos que carecen de claridad dentro del proceso»*. Desde su punto de vista, de las pruebas allegadas no era posible deducir la responsabilidad por cuanto *«no se observan elementos que conlleven a entender de forma clara que el síndrome compulsivo secundario obedeció a una falla en la prestación del servicio»* por parte de los médicos e instituciones accionadas.

A partir de sus razonamientos concluyó que la parte demandante no demostró la existencia de una mala praxis al momento del parto que conllevara a las patologías sufridas por la menor de edad, dado que ni el perito que rindió su experticia ni los médicos que declararon establecieron alguna falencia en el procedimiento realizado, sino que lo vieron *«dentro de los parámetros normales y con los estándares establecidos en los protocolos»* y tampoco se pudo establecer que *«el síndrome compulsivo secundario de asfixia perinatal está directamente relacionado con la práctica médica desarrollada al momento del parto, aspecto este que debe probarse de manera clara si se quiere imputar a título de culpa en cabeza de los galenos las consecuencias patológicas de la menor»*.

Igualmente señaló que, ante la falta de acreditación de la culpa y el nexo causal como elementos de la responsabilidad, no era posible atender «*los reclamos por pérdida de oportunidad a que se refiere la demanda*», ni acoger la tesis del Consejo de Estado aducida por los actores en los alegatos de conclusión.

5.- Los demandantes apelaron el fallo de primer grado, en esencia, cuestionaron: **i)** no se tuvo en cuenta que la historia clínica no fue diligenciada en debida forma y que el rompimiento del flujo comunicacional entre los profesionales conllevaba a inferir que las omisiones en ese sentido fueron constitutivas de culpa; **ii)** se pasó por alto que, además de insuficientes, los registros de la historia clínica evidenciaron claras señales de alarma que comprometían el bienestar fetal y podían derivar en asfixia perinatal; **iii)** se acreditó que no se realizó el partograma, cuya obligatoriedad y necesidad fue ratificada por los testigos y se obvió el análisis de aspectos trascendentales que influyeron en el bienestar fetal, tales como los tiempos de duración del parto atendiendo las particularidades del caso, que debieron ser tenidos en cuenta en el partograma como principal instrumento para su debido control; **iv)** después de aludir a que en casos como el presente se debe aplicar la carga dinámica de la prueba, el tribunal estableció en cabeza de la parte actora la totalidad de dicha carga; **v)** no se tuvo en cuenta el testimonio de la Dra. María Fernanda Escobar, ni las manifestaciones de otros testigos que aludieron a las graves irregularidades en la atención del trabajo de parto, ni se dijo nada sobre las contradicciones en que incurrieron los médicos tratantes en sus declaraciones; **vi)** se

partió del supuesto de la obligación de medios, sin tener en cuenta que por ser el nacimiento un fenómeno natural debe concluir en un parto normal cuando el embarazo se presenta sin dificultades ni complicaciones como ocurrió en este caso, además, la tesis de la clínica demandada de atribuir las consecuencias de la deficiente atención médica a un asinclitismo o variedad de presentación del feto, que califica como evento imprevisible, no fue probada por quien la alegó; **vii)** no se podía tener como prueba el dictamen de la Fiscalía porque frente al mismo no se surtió el principio de contradicción y hubo errores en la valoración de las otras experticias allegadas al juicio.

6- Mediante SC405-2023 la Corte casó la sentencia de segunda instancia y oficiosamente decretó pruebas, por lo que una vez recaudadas, se impone dar continuidad al trámite profiriendo el correspondiente fallo de reemplazo.

II.- CONSIDERACIONES

1.- Derecho a la salud de la mujer gestante

El ordenamiento jurídico colombiano contiene disposiciones orientadas a la protección especial de los derechos reproductivos de las mujeres durante el proceso de gestación, el parto y con posterioridad al mismo. En ese sentido, el artículo 43 de la Constitución Política consagra que la mujer, *«[d]urante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada»*.

Igualmente, la Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva emitida por el Ministerio de Salud en 2003, dispone que los derechos sexuales y reproductivos son «*derechos humanos fundamentales*», en la medida que «*las decisiones sobre la sexualidad y la reproducción y la atención de las enfermedades y eventos relacionados con ellas entrañan el ejercicio de derechos tales como el derecho a la vida (por ejemplo, poner en riesgo la vida de las mujeres por embarazo u otros aspectos relacionados con la procreación); a la igualdad y a no sufrir ningún tipo de discriminación (...); a la integridad personal (...), entre otros*»

Por su relevancia en asuntos de esta naturaleza, pese a que no rigen la solución del caso dado que para la fecha de los hechos no habían sido expedidas, no pueden dejar de referirse la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se reguló el derecho fundamental a la salud, que en su artículo 11 le reconoce a las mujeres en estado de embarazo, la calidad de sujetos de especial protección, por lo que su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica; así como la Ley 2244 de 2022, por medio de la cual se reconocen los derechos de la mujer en embarazo, trabajo de parto, parto y posparto y se dictan otras disposiciones, o «*Ley de Parto Digno, Respetado y Humanizado*», cuyo artículo primero precisa que su objeto es «*reconocer y garantizar el derecho de la mujer durante el embarazo, trabajo de parto, parto, posparto y duelo gestacional y perinatal con libertad de decisión, conciencia y respeto; así como reconocer y garantizar los derechos de los recién nacidos*».

2.- Responsabilidad derivada de la prestación de servicios médico-asistenciales de obstetricia.

Tratándose de la responsabilidad por deficiencias en la prestación de servicios de obstetricia, si bien en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una reglamentación especial, ello no obsta para que a los profesionales encargados de atender a la mujer gestante durante el trabajo de parto, se les exija un alto estándar de calidad que garantice una atención segura y humanizada de ese trascendental momento, en aras de la salvaguarda tanto de los derechos reproductivos y a la salud de ellas, como de los derechos a la vida e integridad personal del que está por nacer.

Desde un contexto subjetivo es incontrovertible el grado de vulnerabilidad de las mujeres en el trabajo de parto, pues existen factores psicosociales que solo a ellas las afectan como son los derivados de la gestación, sus complicaciones y el parto mismo, última etapa en la que resultan comprometidos sus derechos a la vida, salud y dignidad humana; además, el estado de indefensión en que se encuentran por estar a merced de los profesionales de la salud que les ofrecen atención, en quienes deben depositar su confianza por ser los expertos, con la convicción de que sus prescripciones y recomendaciones redundarán tanto en su propio bienestar como en el de su esperado hijo.

De allí, que bien puede afirmarse que la madre gestante durante el trabajo de parto enfrenta una posición de desventaja respecto a las personas encargadas de su atención, que genera

una evidente «*relación de poder*» del médico frente a la paciente, pues es el experto quien determina la regularidad de los tiempos de esa fase culminante del embarazo, define las actuaciones a cargo de la parturienta y está en capacidad tanto de establecer las posibles complicaciones, como de tomar las medidas adecuadas para conjurarlas con el mínimo sacrificio de los intereses y derechos en riesgo.

En esa medida, el cumplimiento de los deberes de los profesionales de la salud respecto de la mujer gestante en esa última fase de su embarazo, debe manifestarse en acciones concretas de acompañamiento y seguimiento, lo que involucra el completo y correcto acatamiento de los protocolos de protección de aquella y del *nasciturus*, mediante una vigilancia materna y fetal estricta y continua durante todo ese proceso que permita la oportuna identificación de posibles riesgos o complicaciones para su pronta y adecuada atención; en otras palabras, ese laborío exige extrema diligencia por parte del personal sanitario ante la importancia de los bienes jurídicos comprometidos, como son la salud, la vida y la integridad física y síquica tanto de la madre como del que está por nacer, ambos sujetos de especial protección constitucional y legal por su género, edad y alto grado de vulnerabilidad.

3.- Necesidad de interpretar la demanda en este caso

3.1.- Con apego al principio dispositivo que rige los asuntos civiles, el Código General del Proceso señala en su artículo 8° que los procesos «*sólo podrán iniciarse a petición de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio*». Aunque la demanda

es el instrumento que materializa el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, dado que su aptitud comporta uno de los llamados presupuestos procesales debe satisfacer los requisitos formales consagrados en el artículo 82 del mismo estatuto, entre los cuales se encuentra el de la «*precisión y claridad*»; de las pretensiones; los hechos que le sirven de fundamento deben estar «*debidamente determinados, clasificados y numerados*», y se deben exponer los fundamentos de derecho.

La ritualidad del proceso prevé una fase inicial de calificación de la demanda que puede dar lugar a su admisión, inadmisión o rechazo⁸. El segundo evento puede obedecer, entre otras posibilidades, a que aquella no reúna los requisitos formales, así como a que las pretensiones acumuladas no satisfagan las exigencias de ley. Agotada esta etapa, existe otro momento en el cual, por iniciativa de la parte demandada, se puede retrotraer la atención hacia la idoneidad de la demanda, cuando por vía de excepción previa se alegue «*ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones*».

Ahora bien, si superadas esas fases y sus respectivos filtros, al momento de entrar a dictar sentencia el juzgador encuentra que la demanda no es lo suficientemente clara y precisa, esa situación no puede convertirse en un obstáculo insalvable para decidir de fondo la litis, sino que, en aras de la salvaguarda del derecho sustancial, se abre paso la facultad de interpretarla desde una hermenéutica racional, para

⁸ Cfr. Artículo 90 del Código General del Proceso.

desentrañar su sentido genuino, es decir, sin alterarlo ni sustituirlo. Tal ejercicio impone analizar, en conjunto, las pretensiones y la causa *petendi*, tomando en consideración los fundamentos de hecho que le sirven de sustento a las aspiraciones del demandante en su reclamo de tutela judicial efectiva.

Sobre el particular, en SC 27 ago. 2008, exp. 1997-14171-01, la Sala acotó:

No obstante, en veces, esta pieza de vital importancia, puede presentar deficiencias, oscuridad, ambigüedad, vaguedad, anfibología o imprecisión, en cuyo caso, para “no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal” (CCXXXIV, 234), el juzgador está obligado a interpretarla en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos.

A este respecto, la Sala de tiempo atrás, acentúa la labor del juez en la interpretación de la demanda “para que los derechos de las partes que se discuten en el proceso alcancen en la práctica la certeza que legalmente les corresponde. Más si ello es así, tampoco hay lugar a perder de vista que dicho poder encuéntrase de todos modos, supeditado a los términos y conceptos de los que el demandante se hubiere valido para exponer tanto la pretensión como la causa petendi de la misma. Por mejor decirlo, el juez, en la búsqueda del real sentido de la demanda, tiene que averiguar es por lo que su autor quería expresar por medio de ella y no por lo que él, el juez, desee ver en ese escrito. Por tanto, la búsqueda de la que se habla sólo tiene cabida cuando el lenguaje de la demanda, sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia” (CLXXXVIII, 139).

Por supuesto, el juzgador, no puede reemplazar ni cambiar la demanda, estándole vedado “moverse ad libitum o en forma ilimitada hasta el punto de corregir desaciertos de fondo, o de resolver sobre pretensiones no propuestas, o decidir sobre hechos no invocados. Porque en tal labor de hermenéutica no le es permitido descender hasta recrear una causa petendi o un petitum, pues de lo contrario se cercenaría el derecho de defensa de la contraparte y, por demás, el fallo resultaría incongruente.” (CCXVI, p. 520; sentencias de 26 de junio de 1986, 28 de febrero de 1992 y 23 de septiembre de 2004, S-114-2004 [7279], no publicadas oficialmente).

Y en SC-1905-2019, la Sala memoró que, en la labor de interpretación de la demanda,

(...) ésta debe ser examinada de manera íntegra y no fragmentada, teniendo presente de forma especial el principio que rige la estructura dialéctica del proceso, según el cual “Venite ad factum iura novit curiae”, por virtud del carácter dispositivo que, en líneas generales, regentan los asuntos civiles, lo que impone al juzgador una debida comprensión del asunto sometido a su consideración.

Es así que los fundamentos de hecho en que las partes soportan sus pretensiones u oposición, junto con las pruebas que permitan tener aquellos hechos por ciertos serán los que orienten adecuadamente el sentido de la decisión que dirima el juicio, puesto que no le es dado al juzgador fundar ésta en hechos no afirmados por las partes, o ignorar los que las mismas hubieran admitido, siendo de su cargo la determinación del derecho que gobierna el caso, aún con prescindencia del invocado por las partes, pues es el llamado a subsumir o adecuar los hechos alegados y acreditados en el proceso a los supuestos de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen.

Respecto de la trascendencia de los fundamentos de hecho, como factor determinante para la demarcar el objeto del proceso, esta Corporación ha indicado, que «no es la calificación jurídica que el demandante hace en su libelo de la relación jurídica sustancial en disputa la que demarca el objeto del proceso, sino que lo es la exposición y alegación de los hechos jurídicamente relevantes los que la precisan, con lo cual se cumple con el viejo aforismo latino que regla la actividad judicial ‘mihi factum, dabo tibi ius’ (dadme los hechos, yo te daré el derecho), connatural con los principios constitucionales de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228) y autonomía judicial (artículo 230)» (CSJ SL17741-2015 de 11 de nov. de 2015, Rad. 41927).

3.2.- En el asunto examinado, para dilucidar el alcance de la demanda es preciso interpretarla en punto al sentido que los accionantes quisieron darle a la pretensión que denominaron «1.2 pérdida de oportunidad», para solicitar que a favor de cada uno de ellos se reconociera el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de «**pérdida**

de oportunidad de una vida sana» de la menor afectada que trasciende a sus padres y abuelas, toda vez que se truncó,

*(...) el desarrollo normal de una niña jugando, teniendo una calidad de vida digna y saludable, sin ir en detrimento de su desarrollo normal acorde a cada etapa de su vida y que por la negligencia médica se ha privado no solo a la menor Natalia Rivera Osorio sino a sus padres y abuelos, que comparten no solamente la vivienda, sino que esperaban con anhelo la llegada de su familiar, de todas las posibilidades de seguir con una vida normal, ya que las constantes convulsiones causan un desasosiego entre sus familiares, desmejorando notablemente la calidad de vida de la menor (...) creando un temor por el estado de su salud y vida, estando pendientes que si el episodio de la convulsión dura más de 5 minutos deben llevarla a urgencias ya que puede fallecer, y permaneciendo hospitalizada la mayoría de veces en cuidados intensivos, perdiendo la oportunidad de poder curarse y tener un desarrollo normal, sino hubiera sido por la falla en el servicio de salud prestado a la madre y a su hija por la negligencia por parte de los médicos tratantes al permitir de forma omisiva que la bebé se asfixiara causándole el Síndrome Convulsivo Secundario A Asfixia Perinatal, y de esa manera evitando que continuara con su desarrollo normal, perdiendo la oportunidad por culpa del equipo médico, **ocasionándole la pérdida de tener una vida completamente sana con crecimiento y desarrollo normales, a sus padres y demás familiares de poder tener una vida con una niña sin ninguna enfermedad causada durante el trabajo de parto.** (Subraya y negrilla intencionales).*

En ese mismo segmento de la demanda, para reforzar la viabilidad de la pretensión así invocada, se citó, en extenso, jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia, que, a su vez, hace una reseña doctrinaria de la teoría de la «pérdida de oportunidad de sobrevivir o de curarse» como generadora de la obligación de reparar el daño causado por deficiencias en la prestación de los servicios médico asistenciales.

Como puede apreciarse, aunque la referida súplica fue planteada de manera consecencial al éxito de la pretensión declarativa de responsabilidad civil endilgada a los demandados, los argumentos que le sirven de soporte dan

cuenta de una atribución de responsabilidad independiente que, a la vez, se proyectó en una pretensión indemnizatoria autónoma. Desde esa perspectiva, la invocada pérdida de oportunidad tenía un nivel de autonomía tal que no podía quedar subordinada a la demostración de los elementos de la responsabilidad médica de cara al resultado final del daño a la salud sufrido por la infante, toda vez que se edificó en la imputación de responsabilidad por la «*pérdida de la oportunidad de tener una vida sana (...) sin ninguna enfermedad causada durante el trabajo de parto*».

Al respecto, en la citada SC 27 ago. 2008, exp. 1997-14171-01, la Sala recalcó:

(...) la labor judicial interpretativa de la demanda, implica un análisis serio, fundado y razonable de todos sus segmentos, “siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho” y “[n]o existe en nuestra legislación procedimental un sistema rígido o sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas especiales su intención, sino que basta que ella aparezca claramente en el libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda” (XLIV, p. 527; XIV, 488 y 833; LXI, 460; CXXXII, 241; CLXXVI, 182 y CCXXV, 2ª parte, 185).

En las descritas circunstancias, comoquiera que la inconsistencia en la acumulación de pretensiones no fue corregida en las distintas oportunidades que consagran las normas de procedimiento citadas en precedencia, la Sala actuando como juzgadora de segunda instancia, estima necesario interpretar la demanda, en el sentido que, en este caso particular, la invocación de la teoría de la pérdida de oportunidad efectuada por los promotores del litigio, tiene la doble connotación de factor de imputación de responsabilidad

y de perjuicio autónomo de pretendida indemnización, de manera que debió ser estudiada y decidida como una pretensión subsidiaria y no consecencial, en aras de dar cumplimiento a la exigencia prevista en el numeral 2 del artículo 88 del Código General del Proceso.

Esta precisión es importante para desatar el recurso de apelación, en especial, para abordar el estudio del nexo de causalidad entre la culpa endilgada a los demandados y el daño sufrido por la menor de edad, como más adelante se mirará.

4.- Elementos estructurantes de la responsabilidad civil en esta litis.

Como punto de partida cumple precisar que el juez de primera instancia al abordar el estudio del caso refirió la clasificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual y reparó en que en este asunto los demandantes solicitaron de manera general que se declara la «responsabilidad civil médica», por lo que dejó sentado que estructuraría su estudio «desde el punto de vista contractual en lo que respecta a la señora Yamileth Osorio Ortiz y a la menor Natalia Rivera Osorio» por su calidad de beneficiarias del Plan Obligatorio de Salud ofrecido a través de la EPS demandada; y como extracontractual en lo que atañe a los demás promotores de la litis. Teniendo en cuenta que sobre ese aspecto del fallo los apelantes no formularon ningún reproche y los demandados permanecieron silentes, se deja sentado que en esta instancia resulta pacífico lo relacionado con la fuente de responsabilidad

deducida por el juzgador de primer grado, siendo innecesario realizar apreciaciones adicionales al respecto.

Por otra parte, no existe reparo respecto a que Yamileth Osorio recibió los servicios de asistencia del parto a través de Servicio Occidental de Salud S.A. -S.O.S.-, como Empresa Promotora de Salud a la que se encontraba adscrita, en calidad de beneficiaria de su esposo cotizante y también demandante Leandro Rivera Castaño⁹; en la Clínica Versailles S.A., Institución Prestadora de Salud y que las personas físicas demandadas son los médicos que intervinieron en su atención. Procede, entonces, analizar si convergen los requisitos comunes a las dos modalidades de responsabilidad civil.

4.1.- El daño

De acuerdo con las notas de pediatría suscritas por la Dra. Ivonne Aldana, la infante al momento de su nacimiento, sufrió «*asfixia perinatal*», «*trauma perinatal*» y «*hematoma subgaleal*», con un diagnóstico posterior de «*síndrome de Lennox Gastaut/Retraso mental profundo / Encefalopatía epiléptica refractaria*», y una pérdida de capacidad laboral del 100%, según quedó establecido en el dictamen presentado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca¹⁰.

⁹ Cfr. Certificado de afiliación, folio 6 cdno. 1

¹⁰ Fls. 860 – 862, cdno. 1 B.

4.2.- La culpa

4.2.1.- Para la Sala, contrario a lo razonado por el *a quo*, la culpa médica sí fue acreditada y quedó reflejada en las deficiencias en la atención en salud dispensada a la madre, relacionadas con: **i)** irregularidades en el diligenciamiento de la historia clínica, específicamente, por su incompletitud y tachones en información relevante de la evolución del trabajo de parto; **ii)** inobservancia de la norma técnica para atención del parto emitida por el Ministerio de Salud en lo relacionado con la elaboración del partograma y la curva de alerta, y **iii)** desatención de la *lex artis* en cuanto al cumplimiento de los términos de vigilancia de la mujer gestante en la fase activa del trabajo de parto.

Ciertamente, en la sentencia de casación precedente a esta de reemplazo, se realizó una profusa valoración probatoria de la cual se dedujo el error de hecho en que incurrió el Tribunal al confirmar el fallo recurrido. Como esas mismas apreciaciones, en esencia, afianzan la conclusión referente a que el acervo probatorio sí da cuenta de la existencia de culpa atribuida a los profesionales de la salud que atendieron el parto de la señora Yamileth, a continuación, se hará el pertinente resumen de los elementos fundamentales allí consignados que permitieron llegar a tal inferencia.

4.2.2.- Para la época de ocurrencia de los hechos que dieron origen a la litis, estaba vigente la denominada «Norma

Técnica para la Atención del Parto»¹¹ emitida en el año 2000 por el Ministerio de Salud - Dirección General de Promoción y Prevención, que constituye el anexo de la Resolución 412 de 2000 de la misma entidad¹², siendo sus beneficiarias todas las mujeres gestantes afiliadas tanto al régimen contributivo como al subsidiado de salud que se encontraran en trabajo de parto, y cuya justificación obedecía a entender la atención institucional del parto como una medida de primer orden para disminuir de manera significativa la morbilidad materna y perinatal, por lo que se hacía necesario establecer los «parámetros mínimos que garanticen una atención de calidad, con racionalidad científica, para el desarrollo de las actividades, procedimientos e intervenciones durante la atención del parto, con el propósito de dar respuesta a los derechos en salud de las mujeres y sus hijos», siendo su objetivo general, «Disminuir los riesgos de enfermedad y muerte de la mujer y del producto del embarazo y optimizar el pronóstico de los mismos_a través de la oportuna y adecuada atención intrahospitalaria del parto», y los específicos, «disminuir las tasas de morbilidad maternas y perinatales; disminuir la frecuencia de encefalopatía hipóxica perinatal y sus secuelas; reducir y controlar complicaciones del proceso del parto y prevenir la hemorragia postparto» (Subraya intencional).

Dentro de los lineamientos allí previstos, se destacan los del numeral 5.1., conforme al cual, al momento de la admisión

¹¹ Colombia. Ministerio de Salud. Dirección General de Promoción y Prevención. (2000). Norma técnica para la atención del parto. Anexo Técnico Resolución 412 de 2000; 17 p. Recuperado de:
[https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/3A/tencion del Parto.pdf](https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/3A/tencion%20del%20Parto.pdf)

¹² Resolución 412 de 2000. Recuperado de:
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Resolucion-412-de-2000.pdf>

de la gestante en trabajo de parto, se debe **elaborar la historia clínica completa** con los datos básicos de identificación y antecedentes; el motivo de consulta y anamnesis; así como, efectuar el examen físico, solicitar los exámenes paraclínicos e identificar los factores de riesgo y condiciones patológicas. A continuación, se plasman las directrices para la atención del primer periodo, denominada dilatación y borramiento, que incluye: **i) «Iniciar el registro en el partograma y si se encuentra en fase activa, trazar la curva de alerta»; ii) «Evaluar la actividad uterina a través de la frecuencia, duración e intensidad de las contracciones y registrar los resultados en el partograma»; iii) «Evaluar la fetocardia en reposo y postcontracción y registrarlas en el partograma» y, iv) «Realizar tacto vaginal de acuerdo con la indicación médica. Consignar en el partograma los hallazgos referentes a la dilatación, borramiento, estación, estado de las membranas y variedad de presentación. Si las membranas están rotas, se debe evitar en lo posible el tacto vaginal»** (Negrilla intencional).

Y en cuanto a la atención del segundo periodo del parto, esto es, del «*expulsivo*», indica la norma, que «*El descenso y posterior encajamiento de la presentación, son fenómenos relativamente tardíos en relación con la dilatación cervical; esta circunstancia es particularmente válida en las primíparas más que en las múltiparas. Por otro lado, estas últimas tienden a exhibir mayores velocidades de dilatación y descenso. Durante este período es de capital importancia el contacto visual y verbal con la gestante a fin de disminuir su ansiedad; así como la vigilancia estrecha de la fetocardia.*»

En este caso quedó demostrado que los profesionales de la salud encargados de la atención del parto no dieron estricta aplicación a la citada norma técnica según pasa a explicarse:

a) La falta de diligenciamiento del registro gráfico denominado «*partograma*» exigido en la mencionada Norma Técnica de Atención del Parto, entendido como «*sistema de vigilancia con límites de alerta para prevenir el parto prolongado*»¹³, quedó demostrada a partir de algunas pruebas como la declaración de la doctora María Fernanda Escobar Vidarte¹⁴, quien manifestó «*no encuentro el partograma en la historia clínica que estaría indicado en esta paciente para el control del trabajo de parto*»; la doctora María Consuelo González García¹⁵, a la pregunta, si con los datos del documento «*control del trabajo de parto*», era posible establecer la curva o gráfica del partograma, respondió: «*no porque es un proceso activo que se hace durante el trabajo de parto*». Y la doctora Tamara Stella Cantillo Hernández¹⁶, al ser indagada, si el «*control del trabajo de parto*» era lo mismo que un partograma, indicó: «*yo no se si esta es la herramienta de partograma con que cuentan ellos en la institución, generalmente es un diagrama donde usted puede ir anotando con unos valores y tiene una curva de alarma, las variables que se tiene en cuenta son la dilatación, el borramiento, el grado de encajamiento y la **variedad de presentación** si las membranas están íntegras o rotas. En esta hoja (folio 661) no está el esquema como tal dibujado, pero hay unos parámetros donde falta solamente la variedad de presentación*».

Como puede apreciarse, aunque las mencionadas especialistas dieron cuenta de la importancia de la elaboración del partograma en tiempo real del trabajo de parto, como herramienta útil para detectar posibles complicaciones o

¹³ Ricardo Schawarcz, Ricardo Fescina y Carlos Duverges. Obstetricia. Ateneo, Buenos Aires, 2005 reimpresión 2008, pág. 479.

¹⁴ Folios 37-38, 59-61, c. 5

¹⁵ Cfr. Folios 20-24, c. 5.

¹⁶ Cfr. Folios 41-43, c. 5.

demora en la fase activa del mismo, el juez de primer grado le restó importancia tanto a la advertida omisión, como a la absoluta desidia de parte de los demandados en punto a justificar o explicar cuáles eran las razones válidas que les impedían acatar la norma técnica de atención del parto, que les imponía durante el primer periodo del mismo, iniciar el registro en el partograma que incluía, entre otras anotaciones, las relacionadas con la «**variedad de presentación**» fetal; y si se encontraba en fase activa, **trazar la curva de alerta**. Precisamente, esa fue parte de la información que las doctoras Tamara Cantillo y María Fernanda Escobar echaron de menos, que en este caso particular era especialmente relevante, toda vez que fue una complicación por «**variedad de presentación**» la que originó que el parto inicialmente programado para su curso natural tuviera que ser culminado por cesárea y que la recién nacida sufriera hipoxia perinatal.

Si, como quedó evidenciado, ninguno de los médicos que intervinieron en la atención del parto realizó la gráfica del partograma con la respectiva curva de alerta, ni plasmó en forma alguna que hubiese controlado la «**variedad de presentación**» del *nasciturus* durante la fase activa, es evidente que esa omisión resulta especialmente reprochable, por cuanto, si la madre no fue atendida durante ese proceso por un mismo profesional de la salud, sino por varios de acuerdo con la programación de sus turnos, ello significa que en los respectivos relevos quien asumía la responsabilidad de la vigilancia y atención de su parto no contaba con la ayuda gráfica de la curva de alerta para cumplir dicha labor con la diligencia que le era exigible de acuerdo con los bienes jurídicos

en juego, que eran nada más y nada menos que la vida, bienestar y salud, tanto de la madre como de la hija que estaba por nacer.

b) También se advirtieron graves irregularidades relacionadas con la elaboración de la historia clínica, que de acuerdo con la definición consagrada en la Ley 23 de 1981, constituye el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente, que en todos los casos debe ser diligenciada con claridad (arts. 34 y 36), y de acuerdo con la Resolución 1995 de 1999, en ella deben registrarse «*cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención*», y además, prescribe:

ARTÍCULO 2.- AMBITO DE APLICACIÓN. Las disposiciones de la presente resolución serán de obligatorio cumplimiento para todos los prestadores de servicios de salud y demás personas naturales o jurídicas que se relacionen con la atención en salud.

ARTÍCULO 4.- OBLIGATORIEDAD DEL REGISTRO. Los profesionales, técnicos y auxiliares que intervienen directamente en la atención a un usuario, tienen la obligación de registrar sus observaciones, conceptos, decisiones y resultados de las acciones en salud desarrolladas, conforme a las características señaladas en la presente resolución.

CAPÍTULO II DILIGENCIAMIENTO

ARTÍCULO 5.- GENERALIDADES. La Historia Clínica debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma.

Las inconsistencias en ese documento fueron destacadas en la experticia rendida por el doctor Hernán Cortés Yepes¹⁷.

¹⁷ Cfr. Folios 901 – 906, c. 1.

Así, por ejemplo, en un fragmento de la respuesta a la cuarta pregunta del cuestionario, indicó: «*Es de anotar que en la historia clínica no se menciona el asinclitismo durante la vigilancia del trabajo de parto*»; a la sexta, «*en la historia clínica anexada, no aparece un monitoreo a las 22 horas y la nota del médico no reporta la actividad uterina, ni la dosis de oxitocina que tenía la paciente en ese momento*»; frente a la séptima, dijo: «*la vigilancia intraparto no fue adecuada, pues durante la fase activa del trabajo de parto se debe monitorear la frecuencia cardiaca cada 30 minutos, de igual manera no hay claridad en el tipo de actividad uterina que se presentó durante esta etapa*».

Igualmente, la Dra. María Fernanda Escobar Vidarte, en varias de sus respuestas llamó la atención acerca de la incompletitud de los datos consignados en la historia clínica de la paciente, relacionados con información especialmente relevante para determinar el desarrollo del parto. Al efecto, a la pregunta ¿con base en la historia clínica, en qué tiempo se inició el trabajo de parto de la señora Yamileth? respondió:

(...) el trabajo de parto de esta paciente no se inicia de manera espontánea a ella le hacen una inducción de parto que en el registro la inducción arranca a las 8.20 a.m. del 12 de mayo no existe partograma por eso mis repuestas son con los registros de la historia. Para definir el inicio del trabajo de parto yo establezco las características de las contracciones, de la dilatación, del borramiento, de la estación y de las condiciones de la membrana; en una inducción de parto con misoprostol debo tener definido sobre todo las contracciones uterinas, la historia no tiene a.m. o p.m. en todos los registros, mayo 12 8:20 a.m., no están reportadas las dosis de los medicamentos, segundo registro 2:30 p.m. actividad uterina regular y no es legible el resto, tercer registro 12 de mayo no entiendo la hora, define paciente en trabajo de parto, no hay datos de las contracciones uterinas y dicen paciente en dilatación de 2 centímetros a partir de allí ninguno de los registros tiene reporte actividad uterina y por eso yo no puedo decirle en qué momento arrancó el trabajo de parto. (Subraya intencional).

La doctora María Consuelo González García, a la pregunta sobre cuál era la contractilidad uterina posterior a las 8:40 p.m., respondió: *«no se puede determinar porque falta la actividad uterina en relación con la frecuencia cardiaca»*, y en cuanto a si la polisistolia podía comprometer la oxigenación del feto, dijo: *«una polisistolia sostenida podría comprometer al bebé, pero en la historia no se observan datos que así lo indiquen, no hay monitorías»*; y al ser indagada acerca de si se observa alguna anomalía en las monitorías de la frecuencia fetal del 13 de mayo a la 1:00 de la mañana y a las 3.30 a.m., acotó *«como se ve está normal, pero falta actividad uterina para poder concluir con certeza qué tipo de monitoría es o en qué riesgo está el paciente»*.

En el panorama descrito, le asiste razón a los apelantes en cuanto a la trascendencia que en este evento tuvo el indebido diligenciamiento de la historia clínica, pues, se insiste, siendo la atención del parto una actividad en la que los profesionales de la salud tienen una carga de extrema diligencia dada la innegable situación de vulnerabilidad de la mujer gestante en esa fase conclusiva de su embarazo, mínimamente, cada uno de ellos, de acuerdo con su respectiva fase de atención, debió plasmar sus anotaciones teniendo en cuenta la directrices que lo obligaban a hacerlo *«en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma»* (art. 5°, Res. 1995 de 1999), con miras a que, a su vez, el médico encargado de dar continuidad a la atención tuviera la información clara y suficiente de la evolución de la puérpera, para que pudiera hacer un seguimiento más informado del caso

que le permitiera detectar factores de riesgo y tomar las decisiones oportunas y adecuadas, en pro de la garantía de los derechos del binomio madre - hijo.

El juez de primera instancia ignoró que en la historia clínica y en el documento denominado «*control trabajo de parto*», los médicos tratantes omitieron consignar información relacionada con la continuidad del suministro de oxitocina, la actividad uterina, el momento exacto en el que inició la fase del expulsivo, el control de la variedad de presentación del feto, el asinclitismo, etc., que era especialmente importante en esa clase de atenciones, según lo hicieron notar los especialistas que acudieron a la etapa probatoria en este juicio.

De manera particular llama la atención que la nota visible en la historia clínica con evidentes tachones y enmendaduras, sea la de las 3:30 a.m. del 13 de mayo de 2006, en la que se indica «*paciente en expulsivo hace media hora*», signada por el Dr. Marcelo Iván Feuillet; y que aquella que le antecede sea la impuesta a las 22:00 horas del día anterior por la Dra. Paula Andrea Ramírez, siendo esa la hora en la que, de acuerdo con lo afirmado por el perito de la Universidad CES y otros especialistas, inició la fase activa del trabajo de parto, lo que significa una ausencia de información en ese registro superior a cinco (5) horas, en la etapa en que, de acuerdo con la norma técnica en mención, era menester trazar una curva de alerta en el partograma, actuación que tampoco se realizó.

Queda así en evidencia que ese documento que constituye el registro histórico de lo acontecido en el trabajo de parto, se

tramitó de manera incompleta con respecto a datos trascendentales, como la hora exacta del inicio del expulsivo, pues la mencionada, además de tener tachaduras, en todo caso, apenas daría cuenta del momento en que se percató el médico encargado tanto de ese hecho como de la indebida posición fetal y del *caput succedaneum*, pero no genera certeza acerca de cuál fue la atención prestada a la gestante entre el momento en que inició la fase activa y la complicación en el expulsivo; también se omitió indicar si el médico tratante con anterioridad a esa anotación detectó la «*variedad de presentación*», y en tal caso, si realizó alguna maniobra para corregirla antes de definir la necesidad de una cesárea.

c) Los médicos que atendieron a la señora Yamileth tampoco acataron los tiempos de vigilancia del trabajo de parto previstos en las normas técnicas¹⁸, que igualmente fueron mencionados por los peritos y por los testigos técnicos que refirieron cuáles eran las directrices referentes a la frecuencia con que se debía revisar, auscultar o monitorear tanto a la mujer en trabajo de parto como al *nasciturus*.

Respecto a la toma de signos de madre e hijo, la Dra. María Consuelo González García, a la pregunta sobre la necesidad de auscultación de la frecuencia cardíaca para el año 2006, señaló: «*la fetocardia para nosotros es la única arma que tenemos para saber si el bebé está bien por lo tanto esto no cambia en el tiempo y siempre será así en la fase activa 30 minutos y cada 5 minutos en el expulsivo*».

¹⁸ Anexo técnico Resolución 412 de 2000 del Ministerio de Salud.

A su turno, el perito Hernán Cortés Yepes indicó que durante la fase activa que inició a las 22 horas, «*aparecen 5 evaluaciones de la frecuencia cardiaca (a las 22, 23, 1, 3 y 3.30) y 2 monitoreos a la 1 y 3 a.m. de 22 y 19 minutos, respectivamente (que se reportan como normales, lo que demuestra una vigilancia activa del trabajo de parto, **pero no la más adecuada**;* y en cuanto a los parámetros que se evalúan y registran en la historia clínica durante el trabajo de parto, respondió que, a parte de los signos vitales de la madre, se debe anotar «*la frecuencia, duración e intensidad de las contracciones uterinas, así como la frecuencia cardiaca y su respuesta con las contracciones, además y de manera prudente la progresión de la dilatación cervical y **descenso de la presentación en el canal del parto**»; en la complementación de la experticia respecto de la octava respuesta¹⁹, puntualizó que «*Los parámetros que no aparecen claramente registrados son la frecuencia e intensidad de las contracciones, que solo se reportan en 3 ocasiones, en la hoja de control de trabajo de parto (página 38)*»; y, en lo relacionado con la respuesta inicialmente ofrecida a la pregunta 27, añadió:*

*La vigilancia ideal del trabajo de parto no está del todo establecida (...) sin embargo, se recomienda que al menos se ausculte la frecuencia cardiaca fetal cada 30 minutos durante la fase activa y cada 5 durante el expulsivo; **en este caso no se cumple con estos criterios a cabalidad**, pero sí hay evidencia de una vigilancia activa por medio de la auscultación intermitente y con monitoreos fetales (5 evaluaciones de la frecuencia cardiaca a las 22, 23, 1, 3 y 3:30 y 2 monitoreos a la 1 y 3 a.m. de 22 y 19 minutos respectivamente).*

Ahora bien, aunque a la pregunta si los médicos actuaron de acuerdo a la *lex artis*, la doctora María Consuelo González García, respondió: «*pienso que ha debido haber una intervención un poco más temprana de un ginecólogo, pero en cuanto al grupo de personas que valoró al paciente durante la fase activa de acuerdo a lo consignado en*

¹⁹ Cfr. Folios 1059 - 1061.

la historia clínica es adecuado», lo cierto es que dicha respuesta no es coherente con otras ofrecidas por la misma especialista, por cuanto, si bien afirmó que, de acuerdo a los controles de parto registrados en la historia clínica, hubo una «adecuada progresión», también admitió que faltaban algunos datos; además, precisó que la auscultación clínica debía realizarse una vez cada 30 minutos en la fase activa del parto y cada 5 minutos en el expulsivo, cosa que en este caso no ocurrió, y puso en evidencia la deficiente información consignada en la historia clínica, por ejemplo, a la pregunta frente al número de contracciones de la gestante el 12 de mayo a las 8.40 a.m. respondió: «estaba en polisistolia, es decir, mucha actividad uterina, aunque ahí no especifica si la hora es de noche o de día y considero que es en la noche porque había estado la paciente en un trabajo de parto con inducción»; además, estimó que existían inconsistencias concretas en la historia clínica por no dar cuenta de los datos completos de las monitorías ni del control de las contracciones uterinas. En esas condiciones, no era factible dar total crédito a su conclusión referente a la buena praxis, toda vez que no se aviene con sus demás respuestas, en especial, a las que aluden a que, la falta de información en la historia clínica le impedía responder con precisión ciertas preguntas.

Por su parte, la doctora Alba Lucía Mondragón²⁰ al ser interrogada acerca de si el equipo médico que atendió el trabajo de parto actuó de acuerdo a la *lex artis*, respondió: «revisé la historia clínica y encontré evoluciones médicas, valoraciones, exámenes e indicación quirúrgica dentro de los protocolos de manejo obstétrico vigentes en la fecha de los hechos». Sin embargo, de esa respuesta no se

²⁰ Cfr. Folios 70-73, c. 6.

deriva, necesariamente, que se hayan observado estrictamente los lineamientos de la Norma Técnica para la Atención del Parto emitida por el Ministerio de Salud de Colombia, ni realizado el seguimiento con la periodicidad exigida, es más, aunque la misma declarante, dijo que las complicaciones de la paciente, se originaron en un «*expulsivo prolongado*» y que «*posiblemente la dificultad en el expulsivo fue por la variedad de presentación posterior acompañada de asinclitismo que dificultó el descenso de la cabeza y comprometió el bienestar fetal*», no refirió que de la historia clínica o de otro medio demostrativo obrante en el plenario, se desprendiera la hora exacta en la que inició la fase activa del parto, el preciso momento de esa etapa en que el médico encargado de la atención se percató de la variedad de presentación del *nasciturus*, o que aquel hubiese realizado maniobras para corregirla antes de determinar la necesidad de la intervención del especialista y del procedimiento quirúrgico.

Por otra parte, el perito de la Universidad CES²¹, fue claro al explicar que el diagnóstico de la «*variedad posterior persistente*», se realiza durante el trabajo de parto activo, «*cuando la dilatación permite palpar las suturas y fontanelas de la cabeza fetal, pero para definirlo como persistente debe estar en expulsivo*», y seguidamente, a la pregunta 4 referente a «*¿cuál es la conducta a seguir en caso de detectarse un diagnóstico de “asinclitismo” y “variedad posterior persistente”, mediante el examen médico respectivo?*», respondió:

En general se puede permitir que continúe el parto, pues a medida que se presenta el descenso estas situaciones se pueden corregir, si no ocurre y la cabeza no desciende adecuadamente (pues el parto también se puede dar en esa variedad de posición), se puede proceder a hacer una rotación manual de la cabeza, siempre y cuando no esté

²¹ Cfr. Folios 901 – 906, c. 1

contraindicado, como en caso de cabalgamiento o estado fetal no tranquilizador.

Es de anotar que en la historia clínica no se menciona el asinclitismo durante la vigilancia del trabajo de parto.

En síntesis, la mayoría de los especialistas pusieron en evidencia que los médicos tratantes no atendieron a cabalidad la norma técnica para la atención del parto emitida por la Dirección General de Promoción y Prevención del Ministerio de Salud de Colombia, en aspectos sumamente importantes como lo eran la elaboración del partograma, el debido y completo diligenciamiento de la historia clínica, y la atención de los tiempos de vigilancia en la fase activa.

4.2.3.- Emerge de lo expuesto, que la culpa de los profesionales de la salud encargados de la atención de la madre gestante quedó demostrada, toda vez que actuaron de manera negligente ante su falta de acatamiento de los protocolos de atención del trabajo de parto elaborados por el Ministerio de Salud, todo lo cual repercutió en que las complicaciones no se hubieran detectado con mayor prontitud, ni se hubiera podido procurar a la mujer gestante la pertinente y más oportuna atención, en otras palabras, no aplicaron su diligencia, conocimientos y esfuerzos para evitar que la prolongación del parto desencadenara en la «hipoxia perinatal» finalmente padecida por la niña al momento de su nacimiento.

4.3.- La relación de causalidad

Elemento basilar de la responsabilidad civil es la existencia de un nexo causal entre el daño cuya reparación se demanda

y la culpa atribuida al agente que lo generó, es decir, la exigencia de una vinculación directa entre ambos, por lo que este presupuesto ha sido calificado como el *«factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar»*²².

A propósito de este presupuesto, en SC 26 sep. 2002, exp. 6878, esta Sala luego de discurrir sobre el fundamento del nexo causal y los distintos conceptos doctrinarios acerca de su estructuración²³, reiteró la adopción del criterio de razonabilidad que sustenta la teoría de la causalidad adecuada, asumiendo *«que de todos los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, tiene la categoría de causa aquél que de acuerdo con la experiencia (las reglas de la vida, el sentido común, la lógica de lo razonable) sea el más “adecuado”, el más idóneo para producir el resultado, atendidas por lo demás, las específicas circunstancias que rodearon la producción del daño»*.

En asuntos de responsabilidad médica, este es el aspecto de mayor discusión pues no es factible imputar al profesional de la medicina las consecuencias perjudiciales que afecten al paciente mientras no se determine la existencia de un vínculo causal entre éstas y su actuar culposo, al amparo de que, en línea de principio, las obligaciones del médico son de medio, es decir, de prudencia y diligencia, más no de resultado.

En este caso, si bien inicialmente la demanda se edificó sobre la imputación de incuria en la atención médica del

²² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de la Responsabilidad Civil, 9° ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2004. Pág. 567

²³ Teorías como la de la causa próxima, la causa preponderante o de la causa eficiente.

trabajo de parto de la madre que le ocasionó a la recién nacida hipoxia perinatal con graves afectaciones posteriores en su salud, no puede ignorarse que los accionantes también alegaron *«pérdida de oportunidad»*, basados en que, por la negligencia, impericia, imprudencia y falta de vigilancia y cuidado de los demandados en la atención del parto, la infante perdió la oportunidad de *«vivir una vida completamente sana con crecimiento y desarrollo normales»* y los demás actores, de *«poder tener una vida con una niña sin ninguna enfermedad causada durante el trabajo de parto»*, generándoles el perjuicio cuya reparación demandan.

Como se explicó en acápite anterior, ante esa dualidad era menester interpretar la demanda, en el sentido que la imputación de responsabilidad con la consecuente solicitud indemnizatoria por pérdida de oportunidad, debía ser analizada de manera independiente como pretensión subsidiaria de la primera principal que propendió por la declaratoria de responsabilidad plena por el daño final.

En esas condiciones, el juzgador de primera instancia erró al orientar su análisis únicamente a establecer la presencia de la mala praxis en la atención proporcionada a la madre y su efecto causal respecto de la hipoxia al momento del nacimiento y las secuelas definitivas en la salud de la menor de edad, pasando por alto que en la demanda también se achacó responsabilidad a los convocados por *«pérdida de oportunidad»*. Nótese que si bien al final de su disertación indicó que ante la falta de acreditación *«de los señalados elementos de la responsabilidad, tampoco es posible atender los reclamos por pérdida de oportunidad a que se refiere la demanda»*, esa conclusión fue por

completo carente de análisis y comporta un absoluto desconocimiento de que, en este caso, los fundamentos de ambas atribuciones de responsabilidad tenían una orientación muy disímil, que, se insiste, ameritaba interpretar la demanda para efectuar un examen más detallado del caso conforme a la causa *petendi*.

Por lo anterior, puesta la Corte en condición de juzgadora de segunda instancia, abordará el análisis del nexo causal desde las dos perspectivas en comentario.

4.3.1.- Del nexo de causalidad entre la culpa y el daño definitivo a la salud padecido por la menor de edad.

Pese a que la Sala difiere de las apreciaciones del juzgador de primer grado y considera que en este asunto el actuar culposos endilgado por los promotores al cuerpo médico sí se probó, ello no obsta para colegir también que, dadas las singularidades del caso, no existe absoluta certeza sobre la existencia de un nexo causal entre la negligente atención brindada a la madre en su trabajo de parto y el daño final padecido por su hija al momento del nacimiento consistente en «*asfixia perinatal*» y «*trauma*», con un diagnóstico posterior de «*síndrome de Lennox Gastaut/Retraso mental profundo / Encefalopatía epiléptica refractaria*», con pérdida de capacidad laboral del 100%²⁴, por lo siguiente:

²⁴ Dictamen Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca Fls. 860 – 862, c. 1 B.

Para la Organización Mundial de la Salud el trabajo de parto alterado, lento o distócico, se caracteriza porque «*avanza con una lentitud anormal a causa de contracciones uterinas ineficientes, presentación o posición fetal anormal, pelvis ósea inadecuada o anomalías de las partes blandas pélvicas de la madre*²⁵».

En el caso en estudio, de acuerdo con el resumen de la historia clínica presentado por el perito Hernán Cortés Yepes, «*Durante el expulsivo se diagnostica un parto distócico por variedad occipito posterior persistente y presencia de caput y se programa para cesárea urgente*», además, el experto precisó: **i)** que la «*variedad posterior persistente se refiere a que la parte posterior de la cabeza fetal, se encuentra hacia abajo y la cara hacia arriba (con la madre acostada), la cual es una presentación menos común y que se puede asociar a partos distócicos, lo ideal es que la cara se presente hacia abajo*», **ii)** que el **diagnóstico** se realiza durante el trabajo de parto activo cuando la dilatación permite palpar las suturas y fontanelas de la cabeza fetal, pero para definirlo como **persistente** debe estar en el expulsivo; **iii)** que era poco probable que la hipoxia perinatal generada durante la complicación del parto hubiera sido la causa de la encefalopatía, pero tampoco se podía «*descartar con certeza que la falta de oxígeno (hipoxia)*», fuera la causa de ésta.

Respecto a lo acontecido en el parto, la Dra. Tamara Cantillo Hernández señaló que no existía claridad sobre la causa de la hipoxia de la recién nacida; la Dra. María Consuelo

²⁵ Recomendaciones de la OMS para la conducción del trabajo de parto. 2015. Pág. 6. Recuperado en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/179906/9789243507361_spa.pdf?jsessionid=A2CAEE91576C11F78D05F255AD6D853E?sequence=1. Consulta: 04-03-2023.

González García, aunque aseveró que la «**variedad posterior persistente** no es algo que se pueda determinar durante el trabajo de parto sino hasta el final porque es algo anatómico», admitió que es ese fue un «factor indirecto que pudo haber contribuido» al episodio de la hipoxia perinatal; y el pediatra James Antonio Zapata, a la pregunta si las distocias tales como la variedad posterior persistente y/o asinclitismo podían ser factores detonantes de una asfixia perinatal, respondió «cualquier factor que altere el normal desarrollo del trabajo de parto puede llevar a una asfixia y en este caso como los que usted pregunta alteraría y dificultaría la salida del feto a través del canal del parto pudiéndolo llevar a la asfixia».

Como puede advertirse, ni el mencionado perito, ni los médicos y especialistas que rindieron declaración afirmaron con contundencia que los graves problemas de salud que desde su nacimiento aquejan a la niña Natalia Rivera tuvieron origen en una mala praxis de los profesionales encargados de la atención del parto de la madre, dejando el tema únicamente en el plano de las posibilidades.

Si, como se dejó explicado en precedencia, en este asunto la culpa galénica quedó acreditada, de manera particular, por falta de vigilancia en los tiempos indicados y de acatamiento de los protocolos de atención del trabajo de parto, en todo caso, el estudio de los elementos de convicción en conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica como lo ordena el artículo 176 del Código General del Proceso, obliga diferenciar que aunque la «*variedad de presentación*» del *nasciturus* se pudo haber diagnosticado y aun corregido en la fase activa del trabajo de parto de haber sido más diligente y oportuna la atención

hospitalaria de la madre, de todas maneras el hecho de que ésta se tornara «***persistente***», solo podía ser determinado en la fase del expulsivo.

Precisamente, como por esa calidad de persistente, desde el punto de vista de los expertos, fue que se derivó la complicación que ameritó modificar la atención de un parto natural a uno por cesárea y durante ese prolongado proceso se presentó la «*hipoxia perinatal*» que pudo haber sido el origen de otras graves patologías, no es posible deducir sin dubitación la presencia del nexo de causalidad entre una contravención de la *lex artis* por parte de los profesionales de la salud demandados, con el daño padecido al momento del nacimiento y las posteriores secuelas en el estado de salud de la menor de edad accionante²⁶. Sin embargo, el curso de los acontecimientos tampoco permite descartar con certeza que la culpa médica derivada de la falta de diligencia por parte de los profesionales de la salud involucrados en la atención de la mujer gestante y del *nasciturus* en ese crucial momento de la vida, no haya contribuido al menoscabo cuyo resarcimiento se reclama.

²⁶ Por lo que concierne a la evaluación del nexo causal, las circunstancias fácticas de este caso son sustancialmente distintas a las del analizado por la Sala en CSJ SC9193-2017, toda vez que mientras en el actual la complicación se presentó en el trabajo de parto como tal, en aquella oportunidad se dedujo la relación de causalidad al encontrarse probado que los síntomas que presentó la paciente desde 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, y también se acreditó 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.

4.3.2.- Del nexo de causalidad entre la culpa y la «pérdida de oportunidad de nacer sana» de la menor demandante.

En el siguiente acápite se hará una referencia general al concepto y fundamentación de la teoría de la pérdida de oportunidad desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial, para concluir con su aplicación al caso concreto, desde una confrontación del nexo causal de la culpa no con el resultado final de las patologías sufridas por la niña, sino con la oportunidad perdida de nacer sana en el evento de que los médicos tratantes le hubieran dispensado una atención diligente y oportuna al parto a su progenitora.

5.- Doctrina de la pérdida de oportunidad.

5.1.- La doctrina de la pérdida de oportunidad tuvo origen en los sistemas jurídicos de Francia (*perte d'une chance*) e Inglaterra (*loss of a chance of recovery*) y con posterioridad se ha introducido en otros ordenamientos como los de Estados Unidos, Canadá e Italia, y en América Latina principalmente en Argentina, es conocida como «*pérdida de chance*».

En términos generales, puede decirse que la «*teoría o doctrina de la pérdida de oportunidad*», guarda relación con la consecuencia derivada de un hecho dañoso que cercena una legítima expectativa de obtener un beneficio o evitar una pérdida, caracterizada porque si bien existe una incertidumbre acerca de si el resultado lesivo o perjuicio podría haberse evitado, a la par, existe la certeza de que ese interés jurídico quedó frustrado

de manera definitiva por el hecho antijurídico de otra persona, que, por lo mismo, hace al afectado merecedor de un resarcimiento. Actualmente esta teoría se encuentra consolidada en el derecho de daños, en especial en los asuntos de responsabilidad de abogados, profesionales en general y médico-sanitaria.

De manera muy concreta, el autor Jorge A. Mayo²⁷, señala que la pérdida de un *chance* alude a todos los supuestos en los cuales el sujeto afectado *«podía realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, lo que fue impedido por el hecho antijurídico de un tercero (...), generando de tal modo, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, pero que, evidentemente, ha cercenado una expectativa, una probabilidad de una ventaja patrimonial»*. Por su parte, Beatriz Areán²⁸, reafirma esta definición y agrega que, para que la *chance* perdida resulte indemnizable, es necesario demostrar que, con motivo del hecho se ha frustrado en forma definitiva una esperanza susceptible de apreciación pecuniaria, toda vez que cuando el daño consiste en la pérdida de una *chance*, «concurren a la vez un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre: certeza de que, **de no mediar un evento dañoso**, el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial; incertidumbre, definitiva ya, de que manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la *chance*, la ganancia se habría en realidad obtenido, o la pérdida se habría evitado». (Subraya y negrilla intencionales).

²⁷ “El Concepto de la pérdida del *chance*”. En: *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*. Atilio Aníbal Alterini y Roberto López Cabana -directores-. T. II. Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1998, pág. 207.

²⁸ “Juicio de Daños y Perjuicios”, En: *Reparación de Daños a la Persona*. Rubros Indemnizatorios Responsabilidades Especiales. Tomo III. Directores: Félix A. Trigo Represas y María I. Benavente. Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, 2014, pág. 439.

El autor español Luis Medina Alcoz²⁹, quien se ha ocupado especialmente del estudio del tema, refiere los fundamentos de esta doctrina, precisando que se presenta:

i) Como técnica de facilitación probatoria³⁰ que actúa como un remedio ante la imperfección del conocimiento empírico, y entra en juego para habilitar el resarcimiento «*cuando se tiene, no la certeza jurídica de que un sujeto ha privado de un beneficio a un sujeto, pero sí una fuerte intuición, sospecha o certeza moral de que lo hizo*³¹», de ese modo, ésta y otras técnicas de facilitación probatorias como las relacionadas con la prueba por presunciones y de creación o incremento del riesgo, se emplean en casos de incertidumbre dado que, «*a veces hiere la sensibilidad judicial que la víctima quede sin reparación por la incapacidad de averiguar lo que habría sucedido realmente de no haber mediado el hecho ilícito*», así el juzgador puede enfrentar complejos «*entramados causales*» en los cuales se torna muy dificultoso «*enlazar el daño con la emisión desencadenante originaria, a la vez que genera la sensación de que es injusto que por esto la víctima quede privada de la tutela resarcitoria*».

ii) Como técnica ante la incertidumbre causal. En esta expresión el ámbito de aplicación de la doctrina queda acotado a los supuestos de estricta incertidumbre causal que dejan por

²⁹ La Teoría de la Pérdida de Oportunidad. Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado. Thomson Civitas - Arazandi S.A. Pamplona, 2007, págs. 79 – 108.

³⁰ Para el autor, esa esa modalidad está emparentada con otras técnicas surgidas en el marco de la responsabilidad civil, como la denominada «*prueba por presunciones*», y la «*creación o incremento del riesgo*», basadas en la toma de conciencia de que el conocimiento humano es imperfecto y limitado (págs. 79-80 *ib*).

³¹ El autor explica que esta definición es solo una aproximación, toda vez que la aplicación de la Teoría del Chance debe basarse en una metodología racional y no en la intuición.

fuera tanto el mínimo como el máximo porcentaje de probabilidades de que el agente provocó o dejó de provocar el daño, por ello, cabe distinguir tres supuestos atendiendo el grado de incertidumbre causal y al tipo de respuesta resarcitoria:

Cuando la probabilidad es nula, escasa o insignificante, la víctima no tiene derecho a indemnización porque no puede afirmarse el nexo de causalidad ni se está ante un supuesto de estricta incertidumbre al que pueda aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad. Cuando esa probabilidad es alta o suficiente, la víctima tiene derecho a una reparación total porque hay lazo causal, sin que pueda tampoco entrar en juego la doctrina del chance. Cuando la probabilidad no es insignificante, pero tampoco es alta, es decir, cuando las posibilidades de que la víctima hubiera conseguido la ventaja son serias y reales, pero insuficientes para tener por cierto el hecho causal, la víctima puede tener derecho a un resarcimiento (parcial) en concepto de chance irreversiblemente sacrificada³².

De allí, el carácter subsidiario de la teoría de la pérdida del chance que solo es admisible cuando no sea posible atribuir al agente dañoso el «perjuicio final».

iii) Como regla de responsabilidad proporcional. El resarcimiento por la oportunidad perdida debe ser siempre inferior «al que procedería por la pérdida de la ventaja, si el daño causado hubiera consistido efectivamente en esa pérdida», en esas condiciones, considera el autor que dicha doctrina es, en esencia, un cálculo de probabilidad, tanto para determinar la existencia del daño como para cuantificarlo, dado que establece «una especie de regla de indemnización o responsabilidad proporcional, fraccional, parcial o probabilística», que no es ajena a otras figuras del sistema de

³² *Idem.* págs. 88 – 89.

responsabilidad civil como por ejemplo, la culpa concurrente de la víctima³³.

5.2.- Aceptación y aplicación práctica de la pérdida de oportunidad en distintos sistemas jurídicos del mundo.

5.2.1.- Acerca de la manera en que esta doctrina ha sido acogida en diferentes países a partir de su creación jurisprudencial y doctrinaria, es pertinente reproducir la reseña efectuada por Medina Alcoz³⁴:

Después de gestarse entre finales del siglo XIX y principios del XX en los sistemas jurídicos francés e inglés, en supuestos de incumplimiento contractual, la teoría de la pérdida de oportunidad ha circulado horizontalmente, penetrando otros muchos ordenamientos nacionales (Estados Unidos, Canadá, Australia, Bélgica, Holanda, Italia, Argentina, entre otros); y verticalmente, alcanzando a organizaciones europeas e internacionales de diverso signo (Consejo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT–; Academia de Jusprivatistas Europeos; Grupo Europeo de Responsabilidad Civil –EGTL–) que, después de identificarla a través del método comparado, la han recogido o aplicado en algunos de sus instrumentos (art. 2.7 Directiva 92/13/CE1 y jurisprudencia comunitaria; sentencias en materia de derechos humanos; art. 7.4.3 Principios UNIDROIT; art. 163 Parte General del Código Europeo de Contratos; art. 3:106 Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil).

(...) la teoría ha penetrado el sistema español a partir de finales de los años ochenta del siglo pasado de la mano de los Tribunales, que la han tomado de los ordenamientos francés e italiano; del Consejo de Estado, que la ha conocido gracias a la jurisprudencia

³³ En términos específicos el autor refiere que en el caso de España la «doctrina del concurso de causas (entendida en un sentido amplio, aglutinante de las de culpa de la víctima, la participación de un tercero y la intervención de fuerza mayor) hace frente a supuestos de causalidad concurrente o cumulativa» (pág. 123 *ib.*).

³⁴ Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. En: Revista Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Nro. 30, 2º trimestre 2009.

Recuperada en: <https://www.asociacionabogadosrcs.org/portal/revistas-antiores/>.
Fecha de consulta: 22-02-2023

strasburguesa; y del legislador, que, por influjo de la Directiva 92/ 13, ha consagrado el derecho a indemnización del licitador que hubiera contado con “posibilidades reales” de resultar adjudicatario de haberse tramitado limpiamente el procedimiento de contratación (...). La implantación de la doctrina de la chance en España viene así a culminar un proceso de influencias recíprocas entre sistemas jurídicos y, en particular, entre el Derecho europeo y los Derechos nacionales, en el que las instituciones europeas han servido de vehículo de comunicación.

En este proceso, la doctrina científica ha desempeñado un papel crucial. La oportunidad perdida es una técnica de origen judicial, pero su desarrollo se ha caracterizado desde su nacimiento, tanto en el Droit Civil como en el Common Law por corresponder al impulso proporcionado por la doctrina científica. Hay, de un lado, países donde la noción de chance apareció por vez primera en sentencias (p. ej. Francia, Estados Unidos), pero los autores han cumplido un rol fundamental, no tanto porque, en clave exegética, hayan explicado y racionalizado la teoría -dando cuenta sin más de la elaboración jurisprudencial-, sino, más bien, porque la han propuesto como respuesta ineludible para otros casos y han intentado hallar los fundamentos dogmáticos que la hacen compatible con la teoría general de la causalidad. Hay, de otro, ordenamientos en los que la teoría de la chance ha sido postulada en la literatura científica antes que manejada en las resoluciones judiciales (p. ej. Italia), donde resulta más que evidente el protagonismo desenvuelto por los autores críticos, auténticos propulsores de su incorporación a través de su influjo sobre la jurisprudencia. Hay, por fin, sistemas en que aún no se conoce la doctrina de la chance (Suiza). (...). La singularidad del Derecho español radica en que han sido los Tribunales y el Consejo de Estado quienes, con protagonismo poco compartido, han abordado el tema de la pérdida de oportunidad. Los estudios sobre la materia han sido escasos hasta hace poco; y sólo últimamente han empezado a surgir, después de que el Tribunal Supremo, junto con el legislador (de la contratación pública), hayan reconocido la resarcibilidad de la chance³⁵.

Y refiriéndose al desarrollo y aplicación práctica en los tribunales de Francia, Italia y América Latina, el mismo autor, acota:

En Francia, la primera resolución que invoca una oportunidad perdida es el arrêt de la Cour de Cassation (Chambre de Requetes), de 17

³⁵ Sobre el auge de la aplicación práctica de la pérdida de oportunidad en el derecho comparado, puede consultarse también la obra de Julio César Galán Cortés, “Responsabilidad Civil Médica” en la cual dedica un acápite para reseñar su acogida en casos concretos abordados por tribunales de Francia, Estados Unidos, Argentina, Uruguay y España.

de julio de 1889, en relación con la culpa de un huissier judicial que impidió la tramitación de un proceso. La misma doctrina fue utilizada después por la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación en sentencia de 17 de marzo de 1911, relativa a un mandatario procesal que se abstuvo de ejercitar la acción, consolidándose definitivamente en el arrêt de la Chambre de Requetes de 26 de mayo de 1932, sobre la actuación negligente de un notario. Con estos antecedentes, el país galo ha alcanzado las más altas cotas de desarrollo y refinamiento de la teoría.

Se ha indemnizado, por ejemplo, la frustración irremediable de una posibilidad seria y real de victoria en: competiciones deportivas (de caballos o de atletismo) y artísticas (pictóricas, escultóricas o literarias); o en concursos públicos. También, entre muchas otras, la oportunidad perdida de que una ópera, cuyo tenor hubo de ser sustituido por otro de menor calidad, hubiera obtenido mayor éxito; o de obtener una licencia de importación ilegalmente denegada por el servicio de aduanas. A su vez, en el ámbito de la responsabilidad civil médica, la doctrina ha sido ampliamente utilizada.

En Italia, la Sección Laboral de la Corte di Cassazione, en dos importantes sentencias, estimó la pretensión resarcitoria en relación con la chance de dos sujetos que habían visto sacrificadas sus posibilidades de ser contratados o ascendidos por la empresa (...). La doctrina ha sido aplicada después en muchos otros supuestos: frustración de la posibilidad de proseguir negociaciones comerciales, de la oportunidad de victoria en un proceso o en un procedimiento administrativo competitivo de contratación o función pública; o de la posibilidad de sobrevivencia.

Por influjo de los Derechos francés e italiano, Argentina ha reconocido la resarcibilidad de la oportunidad de obtener ganancias a través de un nuevo empleo, una actividad empresarial o una actividad deportiva. Del mismo modo, la doctrina de la chance viene aplicándose para valorar el daño que sufre quien pierde una posibilidad seria y real de supervivencia (...). Por lo demás, el concepto no es ajeno al Derecho de otros países iberoamericanos como Brasil, Colombia, Perú o Uruguay.

5.2.2.- En Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 de 2014, al regular el daño resarcible en materia de responsabilidad civil, en los artículos 1738, 1739 y 1745, de manera expresa alude al concepto de «pérdida de chance»³⁶, incluyendo así en su derecho positivo una categoría

³⁶ ARTICULO 1738.- Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico

que la doctrina y la jurisprudencia habían acuñado con mucha anterioridad, tal y como lo reseñan con suficiencia varios autores estudiosos de esta temática³⁷.

5.2.3.- En España, pese a la falta de regulación legal, esta doctrina se ha abierto paso en los ámbitos de la jurisprudencia civil y de lo contencioso administrativo. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo Sala de lo Civil³⁸ se refirió a la viabilidad de la indemnización en sentencia de 19 de febrero de 2019, en los siguientes términos:

Las doctrinas de la imputación objetiva y causalidad adecuada sobre la relación de causalidad persiguen evitar, en nuestro caso en contra del médico, multiplicidad de demandas fundadas en una aplicación mecánica del nexo de causalidad.

De ahí que se acuda a la teoría de la imputación objetiva y como cláusula de cierre a la de la causalidad adecuada para negar relevancia jurídica a los supuestos en que, aun constatada la relación causal material, física o natural, sin embargo el resultado no es susceptible de ser imputado al demandado.

Ahora bien tal tesis doctrinal y jurisprudencial tiene un reverso, ahora a favor del paciente, para evitar una continua exoneración de responsables ante la dificultad de acreditar el nexo causal físico.

Esa dificultad no puede traducirse en una situación de irresponsabilidad absoluta por parte del agente profesional.

esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. (...).

ARTICULO 1739.- Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

ARTICULO 1745.- Indemnización por fallecimiento. En caso de muerte, la indemnización debe consistir en: (...) c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido.

³⁷ Al respecto puede consultarse: Tratado de Derecho de Daños. Sebastián Picasso y Luis R. Sáenz. Tomo I. Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, 2019, pág. 482.

³⁸ Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia núm. 105/2019. Fecha: 19/02/2019. Tipo de procedimiento: casación e infracción procesal. Número del procedimiento: 2990/2016.

Tal reverso, para conjurar dicho peligro, es la llamada técnica de la "pérdida de oportunidad o chance".

Esta teoría se ubica en el ámbito de la causalidad material o física, como medio de la incertidumbre sobre ella, y con la consecuencia de reducción proporcional de la indemnización.

Su aplicación es un paliativo del radical principio del "todo o nada" a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad.

La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales.

Pero ello exige un esfuerzo de los tribunales a la hora de motivar sus resoluciones, para evitar que el quantum indemnizatorio se conceda a ciegas, pues la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa.

Este planteamiento general requiere para su correcto entendimiento ser acompañado de una puntualización.

En sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior que permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores, en la que se reside esta teoría, y en la que existirá una probabilidad causal sería, que sin alcanzar el nivel máximo si supera el mínimo (STS 27 de julio de 2006).

Cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico-sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de información o consentimiento informado.

Son supuestos en los que por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificará el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por habersele privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado.

En sede de probabilidad, la sala en unos casos ha entendido que la probabilidad de que la conducta evitase el daño era muy elevada (STS 25 de junio de 2010), y concede toda la indemnización, mientras que en otros (sentencia de 2 de enero de 2012) limita la indemnización "en

razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado"

La primera sentencia de la Sala 1.a del Tribunal Supremo que acogió la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico-sanitario fue la dictada con fecha 10 de octubre de 1998: Una ATS dispensó los primeros auxilios a un trabajador que había sufrido la amputación de una mano, dando instrucciones para que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo normal y verificando que así se hiciera. Una tercera persona, un compañero de trabajo del accidentado, consideró oportuno cambiar la caja y colocó el miembro amputado en una caja de corcho blanco introduciendo a continuación hielo seco o sintético, operación que realizó fuera del botiquín y sin conocimiento de la ATS. Ésta, observando que se había cambiado el recipiente y considerándolo más idóneo, lo entregó, sin abrirlo, al centro sanitario tras haber acompañado al lesionado en ambulancia. El segmento amputado llegó en avanzado estado de congelación y el reimplante no tuvo éxito. Demandadas la titular de la empresa, una médica y la ATS, el Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria únicamente por "lo que hace a la ATS, considerando que debería haber comprobado que el miembro se seguía conservando en hielo natural. Sin embargo, y ello es lo que resaltamos, añade que "lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación. En suma a la demandada no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuaren condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera se le puede imputar la pérdida de unas expectativas".

3. Si se aplica la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, se aprecia que la omisión del traslado inmediato del bebé al centro hospitalario sí supera el nivel mínimo de probabilidad causal, pues, como se ha expuesto, y así aparece acreditado en autos, es lo que prevé el protocolo. (...)

5.2.4.- En Colombia tampoco existe legislación en esta materia, sin embargo, la jurisprudencia civil no ha sido ajena a su estudio y, de manera específica, ha admitido que la pérdida de la oportunidad de lograr una ganancia o de evitar un perjuicio cuando es cierta, real y concreta comporta un **daño autónomo** que puede ser indemnizado.

En ese sentido, en CSJ SC 09 sep. 2010, exp. 2005-00103-01, se analizaron las características y posiciones doctrinarias

al respecto para aceptar que su acreditación da lugar a un daño reparable en la esfera de la responsabilidad civil contractual y extracontractual que puede comprender el resarcimiento de los perjuicios materiales e inmateriales. Al efecto, se expuso:

Problema análogo a la certeza del daño, suscita la pérdida de una oportunidad (Perte de Chance, Perdita di una Chance, Loss of Chance, Der Verlust einer Chance), o sea, la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio, asunto de tiempo atrás analizado por los comentaristas desde la certidumbre del quebranto, la relación de causalidad y la injusticia del daño.

*Bajo la perspectiva de la certeza del detrimento, una opinión sitúa la pérdida de una oportunidad en el daño eventual e hipotético, al no poder asegurarse, si la víctima conservando la oportunidad, habría logrado o no el resultado útil esperado, por contingente; otra, en el daño cierto futuro, según un juicio pronóstico (cálculo de probabilidad) de la razonable, mayor o menor probabilidad para obtener la ventaja o evitar la desventaja, y alguna en el daño cierto actual con la extinción definitiva e irreversible de una oportunidad cierta por la conducta dañosa, excluyendo el perjuicio eventual (Alain **Bénabent**, *La chance et le droit*, Librairie générale de **droit** et de jurisprudence, París, 1973, p.179 ss F. Mastropaolo, voce Danno, *Enciclopedia del Diritto Treccani*, pp. 5- 12).*

Por su naturaleza y el interés jurídico tutelado, en una orientación la oportunidad constituiría, ya una simple expectativa de hecho respecto de una ventaja eventual cuya destrucción por esta inteligencia no es resarcible (...), bien una expectativa de derecho protegida y reparable en determinados casos, ora un valor e interés integrante del patrimonio del sujeto, titular de una concreta y cierta oportunidad, susceptible de autónoma valoración jurídica y económica. En esta línea de pensamiento, la pérdida definitiva de la oportunidad es resarcible a título de daño emergente al afectar el patrimonio considerado como universitas iuris, plural, heterogénea y compuesta de un complejo conjunto de elementos, activos y pasivos, valores e intereses, tangibles e intangibles, uno de los cuales es la oportunidad favorable para obtener la ventaja esperada y extinguida con el hecho dañoso, donde aparece como una res intangible protegida funcionalmente en tutela integral del patrimonio, con incidencia cierta y valoración probable (...). En cambio, otra visión postula, la reparación de la oportunidad a título de lucro cesante, por referir a un provecho o utilidad que se obtendría a futuro según el mayor o menor grado de probabilidad (...).

Dentro del marco de la relación de causalidad, una doctrina excluye la reparación, al no configurarse un nexo causal directo e inmediato entre la conducta dañosa, la pérdida de la oportunidad y la frustración del resultado definitivo, en tanto incierto por falta de certeza que sin el daño, se hubiera logrado o no la ventaja. En cambio, otra postura sostiene evidente la relación causal entre la pérdida definitiva de la oportunidad y la conducta, la cual debe demostrarse a plenitud y acreditada a ella se conecta indisociablemente la privación de la concreta, razonable y probable ventaja esperada, conforme a estándares, referentes y juicios de probabilidad parcial (...), probabilística (...) o proporcional (...).

Por el contrario, otra percepción tiene la doctrina de la pérdida de una oportunidad, como un mecanismo de facilitación probatoria de origen jurisprudencial (se cita, el célebre arrêt de la Cour de Cassation Francesa, de 17 de julio de 1889, S.1891, I.399) identificando el proceso causal en relación con la determinación e individuación del interés destruido (...).

En tiempos recientes, la pérdida de una oportunidad comporta a la reparación proporcional, parcial, fraccionada o probabilística con distribución equilibrada, armónica y coherente de la incertidumbre causal de un resultado dañoso probable, evitando por un lado, la injusticia de no repararlo, y por otro lado, la reparación plena cuando no hay certeza absoluta sino la probabilidad razonable respecto a que un determinado evento, hecho o comportamiento pudo o no causarlo (Luis Medina Alcoz, La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007).

Al margen de la problemática precedente, la pérdida de una oportunidad cierta, real, concreta y existente al instante de la conducta dañosa para obtener una ventaja esperada o evitar una desventaja, constituye daño reparable en el ámbito de la responsabilidad contractual o en la extracontractual, los daños patrimoniales, extrapatrimoniales o a la persona en su integridad psicofísica o en los bienes de la personalidad (...), por concernir a la destrucción de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, consistente en la oportunidad seria, verídica, legítima y de razonable probabilidad de concreción ulterior de no presentarse la conducta dañina, causa de su extinción.

En particular, la supresión definitiva de una oportunidad, podrá comprender el reconocimiento de los costos, desembolsos o erogaciones inherentes a su adquisición, el valor de la ventaja esperada o de la desventaja experimentada, cuando los elementos probatorios lleven al juzgador a la seria, fundada e íntima convicción a propósito de la razonable probabilidad de concreción futura del resultado útil, por lo cual, a diferencia del lucro cesante, o sea, la “ganancia o provecho que deja de reportarse” (artículo 1614 del Código Civil), en ella no se tiene la utilidad, tampoco se extingue, y el interés protegido es la razonable probabilidad de obtenerla o de evitar

una pérdida (cas. civ. sentencia de 24 de junio de 2008 [S-055-2008], exp.11001-3103-038-2000-01141-01). (Subraya intencional).

Esta providencia fue reiterada en SC 1° nov. 2013, exp. 1994-26630-01, en la cual se precisó:

Es claro, entonces, que si, como se señaló, una cosa es no percibir una ganancia y otra verse desprovisto de la posibilidad de obtenerla, el daño por pérdida de una oportunidad acaece sólo en frente de aquellas opciones revestidas de entidad suficiente que, consideradas en sí mismas, permitan colegir, por una parte, que son reales, verídicas, serias y actuales, reiterando aquí lo expresado por la Sala en el fallo precedentemente citado, y, por otra, idóneas para conseguir en verdad la utilidad esperada o para impedir la configuración de un detrimento para su titular, esto es, lo suficientemente fundadas como para que de su supresión pueda avizorarse la lesión que indefectiblemente ha de sufrir el afectado. Es decir, en compendio, debe tratarse de oportunidades razonables.

Por lo tanto, es indispensable precisar que la pérdida de cualquier oportunidad, expectativa o posibilidad no configura el daño que en el plano de la responsabilidad civil, ya sea contractual, ora extracontractual, es indemnizable. Cuando se trata de oportunidades débiles, incipientes, lejanas o frágiles, mal puede admitirse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de los acontecimientos, su frustración necesariamente vaya a desembocar en la afectación negativa del patrimonio o de otro tipo de intereses lícitos de la persona que contó con ellas.

Adicionalmente, por parte de la doctrina se indica que “debe exigirse que la víctima se encuentre en situación fáctica o jurídica idónea para aspirar a la obtención de esas ventajas al momento del evento dañoso” (...). Y en relación con este último aspecto, resulta pertinente acudir a la opinión de Geneviève Viney y Patrice Jourdain, quienes señalan que la oportunidad debe existir para el momento en el que se realiza la conducta antijurídica que se imputa al demandado, pues “cuando el demandante no ha intentado su oportunidad en el momento en el que sobreviene el hecho que le impide definitivamente hacerlo, debe, para obtener reparación del daño, demostrar que en dicho momento estaba en capacidad de aprovechar la oportunidad o estar a punto de poder lograrlo. Esta directiva permite excluir la reparación de esperanzas puramente eventuales que no están sustentadas en hechos acaecidos al momento de advenimiento del hecho dañino imputable al demandado (...). La exigencia del carácter real y serio de la oportunidad perdida constituye un correctivo eficaz contra los abusos eventuales de la teoría” (...).

5.3.- Pérdida de oportunidad y relación de causalidad.

Especial importancia merece el estudio de la relación de causalidad en estos eventos, toda vez que la misma no se analiza de cara al resultado final constitutivo del daño, sino a la pérdida de la oportunidad de evitarlo. En esas condiciones, la verificación del nexo causal supone acreditar que, con ocasión de la acción u omisión culposa del agente, la víctima vio frustrada o truncada definitivamente una posibilidad, lo que se traduce en un daño cierto y actual, independiente del resultado final.

Al respecto, la doctrina foránea³⁹ señala que el problema causal que se plantea se soluciona,

*(...) **trasladando esa incertidumbre al concepto mismo de daño.** Se dice entonces que, aunque no hay relación causal (adecuada para el derecho argentino) entre el hecho ilícito y el “resultado final”, sí la hay, en cambio, entre aquél y un **daño distinto**, consistente en la pérdida de la chance de evitar ese resultado. (...).*

*La relación causal, que era incierta si se la enfocaba respecto del “resultado final”, se encuentra en cambio firmemente establecida si la predica respecto de las posibilidades frustradas. La pérdida del porcentaje de chances de obtener un beneficio (el premio) o evitar un perjuicio (la muerte) con que contaba la víctima se constituye entonces, en estos casos, en un **perjuicio autónomo y distinto de aquel “resultado final”, que puede ser causalmente vinculado con el hecho o la omisión antijurídicos.** (Negrilla y subraya intencionales).*

De manera que en estos eventos es imperativo constatar la relación de causalidad adecuada entre el actuar antijurídico

³⁹ Tratado de Derecho de Daños. Sebastián Picasso y Luis R. Sáenz. Tomo I. Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, 2019, pág. 485.

endilgado al demandado y la oportunidad perdida por el afectado. En materia de responsabilidad médica generalmente ésta se traduce en la frustración de un chance de sobrevivencia, de no ser inválido, de curación de la enfermedad o de recuperación de la salud, atribuida a un actuar negligente de los profesionales encargados de dispensar la atención sanitaria requerida.

Tal constatación supone verificar que la pérdida del chance sea **cierta, seria y actual**. En ese sentido, aunque su principal característica es que solo existe una posibilidad, más no una certeza del resultado por lo que el beneficio esperado puede o no ocurrir, tal incertidumbre no demerita el requisito de la certeza del daño, toda vez que, *«la característica de los casos que encuadran en este instituto es justamente la existencia de un aleas respecto de cuál será el desenlace de los hechos, y la pérdida de esa oportunidad será, en consecuencia, el daño resarcible»*; y, siendo la chance⁴⁰, *«una posibilidad con la que la víctima contaba con anterioridad al hecho ilícito, y de la cual se vio privada a causa de éste; la pérdida de esa posibilidad constituye un daño cuya certidumbre no se encuentra limitada o menguada. Es decir, no hay nada de hipotético en la chance, pues esta existe o no existe»*⁴¹.

Además, el presupuesto general para la indemnización de los daños referido a su actualidad no puede soslayarse tratándose de la pérdida de oportunidad, pues la misma debe quedar establecida al momento de producirse el hecho lesivo y no con posterioridad.

⁴⁰ Tratado de Derecho de Daños. Sebastián Picasso y Luis R. Sáenz. Tomo I. Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, 2019, pág. 488.

⁴¹ *ibidem*.

Así mismo, la oportunidad perdida debe ser seria, al respecto, el autor Julio César Galán Cortés⁴², alude al denominado «*umbral de seriedad de la chance*», para significar que ésta «*para ser tributaria de reparación, ha de ser real, razonable, seria, sustancial y consistente, gozando de suficiente fundamentación y apreciable entidad (...) de esta forma, la pérdida de chace solo será indemnizable cuando ostente una entidad suficiente, no pudiendo dar lugar a la indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado, por lo que será preciso efectuar un juicio de carácter pronóstico sobre la concreta posibilidad de que la chance pudiese haberse transformado en realidad*»

6.- Estructuración de la pérdida de oportunidad en el caso *sub judice*.

En materia de asistencia médica la pérdida de oportunidad se caracteriza por el grado de incertidumbre que acarrea el preguntarse si, de haberse realizado la actuación en salud omitida o si esta se hubiera surtido en forma adecuada y oportuna, el resultado podría haber sido otro, en el sentido de haberse podido evitar o disminuir el impacto negativo en el estado de salud del paciente, u obtener un resultado más beneficioso para él.

Se impone, entonces, entrar a analizar si en este asunto concurren los elementos necesarios para establecer la existencia de la pérdida de oportunidad⁴³.

⁴² Responsabilidad Civil Médica. 5° ed. 2016. Civitas. Pamplona. Págs. 536-537

⁴³ Al respecto se tendrán en cuenta los lineamientos plasmados en las citadas sentencias CSJ SC09 sep. 2010 exp. 2005-00103-01 y SC 1° nov. 2013, Exp. 1994-26630-01.

6.1.- De acuerdo con el decurso de los acontecimientos acreditado en esta causa, puede afirmarse que se esperaba que el parto de la señora Yamileth transcurriera sin traumatismos comoquiera que, si los médicos tratantes hallaron viable que se surtiera de manera «*natural*», ello permite suponer que confiaron en que esa era la forma más indicada y segura para ella y para su hija que estaba por nacer. Con todo, no puede desconocerse que aun siendo el alumbramiento un proceso natural, el grado de incertidumbre siempre está latente, por cuanto, aunque la gestación haya transcurrido en condiciones de completa normalidad no es posible descartar con absoluta certeza que puedan presentarse complicaciones en la fase final.

En esas condiciones, ante lo que realmente sucedió, es preciso volver sobre la negligencia de los médicos tratantes que fue constitutiva de culpa, para establecer su incidencia causal con la aducida «*pérdida de oportunidad de nacer sana*».

6.2.- Como se indicó en la parte inicial al resolver el cargo en casación, tanto el perito adscrito a la UNICES como la mayoría de los testigos, hicieron referencia a la incompletitud de la historia clínica y a las deficiencias de la vigilancia del trabajo de parto, por lo que no es menester reproducir en este segmento esas apreciaciones. Sin embargo, debe resaltarse que las mismas dejaron al descubierto la falta de coordinación entre los distintos profesionales que atendieron a la señora Yamileth, dada la ausencia de anotaciones relacionadas con aspectos especialmente significativos como eran la continuidad del suministro de oxitocina dado que el parto fue inducido; el

control de la actividad uterina; el control de la variedad de presentación del feto y el asinclitismo.

También quedó evidenciada la falta de vigilancia durante largos intervalos con desconocimiento de los tiempos que recomienda la *lex artis*, en especial, entre las 22:00 horas, momento en que, conforme al dicho de los especialistas, inició la fase activa del trabajo de parto y aquel en que el doctor Feuillet se percató de que la paciente estaba en expulsivo, última anotación que aparece con tachaduras en información altamente importante como lo es la hora de la misma, la hora del expulsivo y otros datos, todo ello, en contravención de las exigencias que en materia de diligenciamiento de la historia clínica consagra el artículo 5° de la Resolución 1995 de 1999.

La indebida elaboración de la historia clínica con la información completa acerca de las revisiones o valoraciones realizadas a la gestante y sus resultados, genera mayor reproche en lo que atañe a la omisión del registro referente a la «*variedad de presentación*» que solo vino a incluirse en la última anotación del doctor Feuillet cuando no encontró otra opción que consultar con el especialista para programar la cesárea, pues, a la postre, fue esa la complicación que impidió el curso natural del nacimiento y, según dijeron los especialistas, puede ser corregida por el médico que atiende el parto, naturalmente, si la detecta con mayor prontitud.

En ese sentido, al replicar la demanda, el mismo Dr. Marcelo Feuillet, en el acápite denominado «*distocias fetales*», refirió la «*variedad occipito posterior persistente*», y afirmó que «se

puede intentar la rotación manual, de no lograrse, la elección es practicar cesárea», y en el mismo sentido se pronunció el perito del CES al señalar que, en esos eventos, se puede manejar y tratar de corregir la postura. Entonces, no llama a duda que, si la finalidad de los protocolos es advertir y evaluar riesgos en el parto para la madre y para su hijo, no atenderlos por parte del personal médico puede desencadenar en la imposibilidad de conjurarlos.

Al tamiz de los medios de convicción obrantes en el proceso, no puede confundirse la inevitabilidad de la «*variedad de presentación fetal persistente*» que puede diagnosticarse durante el trabajo de parto activo y solo puede definirse como «*persistente*» en el expulsivo⁴⁴, con la imprevisibilidad de la «*variedad de presentación*», al punto que es uno de los *ítems* que deben ser evaluados de manera periódica desde la atención del primer periodo del parto (dilatación y borramiento), y quedar registrado en el partograma; por lo que, de llegar a detectarse alguna anomalía, el médico encargado de la atención deberá definir si se puede corregir la posición con rotación manual o si se requiere otra forma de intervención especializada, todo ello pensado en el bienestar fetal y materno.

Así las cosas, puede afirmarse sin vacilaciones, que una vigilancia de la madre en trabajo de parto con la periodicidad indicada y un correcto diligenciamiento del partograma con toda la información necesaria para elaborar su curva de alarma, habría permitido detectar con mayor anticipación la

⁴⁴ En ese sentido se pronunció el perito Hernán Cortés Yepes, frente a la pregunta 3 del cuestionario inicial.

mala posición fetal y la conducta a seguir para evitar la prolongación del parto en detrimento del bienestar y la salud del *nasciturus*, que podría haber incluido una remisión más temprana para evaluación del Gineco Obstetra, y el resultado, en términos de probabilidad de mejores condiciones del nacimiento y menores riesgos en la salud de la infante, pudo haber sido muy distinto.

En otras palabras, probabilísticamente, de haberse cumplido a cabalidad y en forma correcta la elaboración del partograma con la respectiva curva de alarma; vigilado el trabajo de parto en los tiempos establecidos por el Ministerio de Salud y como lo recomendaba la *lex artis*; controlado tanto la frecuencia cardíaca como la de las contracciones uterinas, así como la presentación fetal en la fase activa, se habría detectado con mayor prontitud la «*variedad posterior*» lo que, a su vez, habría permitido procurar la corrección de la posición del feto para continuar con el alumbramiento natural o determinar más rápidamente la necesidad de intervención del especialista, o de la variación del plan de atención de un parto natural a una cesárea.

Tales omisiones que dan cuenta de la negligencia constitutiva del hecho antijurídico, fueron, muy posiblemente, la causa adecuada de la prolongación de la fase del expulsivo que a la postre desencadenó en una hipoxia perinatal, con las consecuencias sufridas en la salud de la niña a raíz de esa complicación, pues impidieron que naciera sana y que a futuro pudiera disfrutar de buenas condiciones de salud, o por lo menos, nada indica que, de haberse actuado con la suficiente

diligencia en los aspectos reprochados, el resultado hubiese sido el mismo.

La anterior inferencia se refuerza, desde el punto de vista jurídico, a partir de la misma «*Justificación*», de la Norma Técnica de Atención del Parto que fue desconocida por algunos de los profesionales de la salud involucrados en esta litis, que le confiere a la atención institucional del parto el carácter de **«una medida de primer orden para disminuir de manera significativa la morbimortalidad materna y perinatal»**, y para el efecto establece los parámetros mínimos que garanticen una atención de calidad, con racionalidad científica, *«para el desarrollo de las actividades, procedimientos e intervenciones durante la atención del parto, con el propósito de dar respuesta a los derechos en salud de las mujeres y sus hijos»*; cuyo objetivo general es, precisamente, **«Disminuir los riesgos de enfermedad y muerte de la mujer y del producto del embarazo y optimizar el pronóstico de los mismos a través de la oportuna y adecuada atención intrahospitalaria del parto»** (Negrilla intencional). En cuanto al aspecto probatorio, de las deficiencias en la vigilancia del parto, los riesgos de un expulsivo prolongado y de su posible incidencia en la asfixia perinatal, dan cuenta las declaraciones de los especialistas reseñadas en el acápite del análisis de la culpa de este mismo proveído⁴⁵.

Desde esta perspectiva, con independencia de que, por principio, tratándose de prestaciones médico-asistenciales las obligaciones son de medio y no de resultado, en este caso, la

⁴⁵ Cfr. Declaraciones de Alba Lucía Mondragón, Hernán Cortés Yepes, María Consuelo Gonzáles y María Fernanda Escobar Vidarte.

responsabilidad advertida no se deriva de que los facultativos no hayan logrado evitar el desafortunado desenlace del parto, sino que por su falta de diligencia hayan privado a la madre y al fruto de su embarazo de la probabilidad del nacimiento en condiciones más favorables con minimización de los riesgos.

6.3.- Igualmente, existe certeza de que la infante tenía una razonable, seria y real oportunidad de nacer en mejores condiciones de salud.

En efecto, miradas en su conjunto las singulares circunstancias de la atención en salud que se advierte irregular, confrontadas con el concepto irrefutable de que el parto es un proceso natural, debe destacarse que si en este caso quedó demostrado que la mujer gestante acudió con diligencia y periodicidad a los respectivos controles durante el embarazo por cuenta de su plan obligatorio de salud; que se sometió a la inducción del parto prescrita por el especialista e ingresó a la institución hospitalaria asignada para el manejo institucional del parto; resultaba apenas razonable que, por su parte, esperara recibir en el crucial momento del parto una atención esmerada y eficiente de cuenta de su EPS a través de su red de prestadores y profesionales, encaminada a que llegara a buen término, en condiciones seguras y de bienestar, lo que involucraba que cualquier complicación pudiera ser prontamente advertida y superada para aminorar los riesgos en su salud y en la de su hija que estaba por nacer.

Como se ha dicho con insistencia, analizado el caso a la luz de la teoría de pérdida de oportunidad, es preciso verificar que

sí existía una significativa probabilidad de evitar el daño, en este caso, esa inferencia emerge de lo expuesto por el perito designado por la Universidad CES, quien en respuesta a la cuarta pregunta del cuestionario referente a *¿cuál es la conducta a seguir en caso de detectarse un diagnóstico de “asinclitismo” y “variedad posterior persistente”, mediante el examen médico respectivo?*, respondió:

En general se puede permitir que continúe el parto, pues a medida que se presenta el descenso estas situaciones se pueden corregir, si no ocurre y la cabeza no desciende adecuadamente (pues el parto también se puede dar en esa variedad de posición), se puede proceder a hacer una rotación manual de la cabeza, siempre y cuando no esté contraindicado, como en caso de cabalgamiento o estado fetal no tranquilizador.

Es de anotar que en la historia clínica no se menciona el asinclitismo durante la vigilancia del trabajo de parto.

De ese modo, si la actuación cuestionada hubiese sido acorde con las exigencias de la norma técnica de atención del parto y su adecuada vigilancia en la fase activa, la niña habría tenido una oportunidad de nacimiento sin la complicación de hipoxia y trauma perinatal descritos por el pediatra James Antonio Zapata Duque en la historia clínica, la cual, según lo afirmó la especialista María Consuelo González García pudo haber sido una consecuencia indirecta de la variedad posterior del feto⁴⁶, mientras que la Dra. María Fernanda Escobar enfatizó en la importancia del partograma para detectar anomalías como la mencionada, al señalar⁴⁷:

Las variedades posteriores implican que la rotación del feto debe ser mayor en tiempo al que normalmente se presenta en más del 50% de los nacimientos, la rotación de la mayoría de los fetos con variedades

⁴⁶ Folios 20-24. C. 5

⁴⁷ Folios 37-39. C. 5

anteriores es de 45 grados en promedio, las variedades posterior derecha rota casi 225 grados y la posterior izquierda 135 grados, esto significa que los tiempos son más largos pero no significa que las variedades posteriores produzcan asfixia perinatal; estos tiempos más largos aumentan la posibilidad que una paciente pueda terminar en una cesárea, por esa razón en término de seguridad en la atención del parto nosotros utilizamos un sistema de seguimiento del parto que se llama partograma, con un partograma sabiendo la variedad de posición, la actividad uterina, si las membranas están íntegras o no y como está el feto en el canal, ahí si yo puedo suponer cuál es la verdadera relación entre el parto y la asfixia. Revisando la historia clínica no hay partograma y se observa que hay una evolución a las 10:00 p.m. donde se encuentra en 4 de dilatación y una siguiente nota a las 3.30 a.m. que está en expulsivo, con este informe no podría estar yo segura de cuáles fueron las condiciones absolutas de ese parto. (Subraya intencional).

Como ya se analizó, una de las fallas advertidas en este caso es que ninguno de los médicos que atendieron a la madre gestante diligenció el partograma que incluía el registro de la variedad de presentación del feto, dato que tampoco se plasmó en la historia clínica y que habría permitido determinar con mayor rapidez cualquier complicación en ese sentido para adoptar medidas oportunas y efectivas en aras de evitar la prolongación del parto y posterior hipoxia.

6.4.- Por otra parte, es evidente la supresión definitiva de la posibilidad de evitar el perjuicio ocasionado por el parto complicado y prolongado, la cual se extinguió de manera irreversible para la víctima directa, pues de acuerdo con el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, la menor de edad padece una enfermedad de carácter degenerativo y progresivo, que le causa disminución laboral del 100%, estructurada desde la fecha de su nacimiento.

7.- Conclusión

En síntesis, la actuación culposa se concreta en las graves fallas relacionadas con la falta de una vigilancia diligente y adecuada del trabajo de parto de la señora Yamileth; en cuanto al nexo de causalidad, si bien no puede predicarse respecto de las secuelas sufridas por la menor de edad y la absoluta limitación de su desarrollo sicofísico, sí se demostró que, con ocasión de esa deficiente vigilancia, se vieron frustradas las serias posibilidades de que la infante naciera en forma natural o por cesárea con menores riesgos de complicación, y que a futuro pudiera enfrentar y disfrutar la vida en condiciones de normalidad, de allí que el vínculo causal entre la culpa y el daño mirado en esta última expresión, también quedó demostrado.

8.- Acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil, procede analizar el compromiso de las demandadas y su obligación de reparar los daños causados.

De conformidad con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las Entidades Promotoras de Salud -EPS- son las *«responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía»*, siendo su función básica **“organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados»**. De ahí, que tengan el deber legal de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud, los cuales pueden prestar de manera directa o mediante contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud -IPS- y/o con los profesionales respectivos, tal y como lo autoriza el artículo 179 de la misma normatividad.

Naturalmente, el cumplimiento de esos deberes debe estar orientado, entre otros, por el principio de eficiencia que irradia todo lo relacionado con las prestaciones inherentes a la garantía del derecho a seguridad social en general, entendido como *«la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente»*.

En el *sub judice*, se probó que, para la época de los hechos generadores del daño, la madre de la menor de edad afectada estaba afiliada al Régimen de Salud a través de la EPS S.O.S. en calidad de beneficiaria de su esposo; que la atención del parto en la IPS Clínica Versalles de Cali, fue por cuenta de ese aseguramiento y que al momento del nacimiento la niña automáticamente asumió la calidad de afiliada a la misma EPS. En tal virtud, la responsabilidad resarcitoria de las dos personas jurídicas demandadas emerge de ese vínculo, que involucra también la del hecho de los profesionales convocados adscritos a la Clínica.

9.- Definición de las excepciones de mérito

Teniendo en cuenta que en el presente proveído se estudió la atribución de responsabilidad a los demandados y se arribó a la conclusión de que concurren todos los elementos para su estructuración desde la óptica de la pérdida de oportunidad, estima la Sala que no es necesario a estas alturas del fallo extenderse en disquisiciones adicionales para resolver las

excepciones de mérito relacionadas con: la ausencia de responsabilidad por falta de acreditación de sus elementos; ausencia de culpa; falta de nexo causal; diligencia y cuidado, argumentos que, en gran medida, soportan varios de los medios de defensa que por separado presentaron los convocados, pues en, términos generales, todos sus reproches al respecto quedaron analizados con motivación suficiente para desestimarlos, por lo que las excepciones sustentadas en esos aspectos no prosperan.

Despejado así el panorama, únicamente se analizarán en este acápite los medios exceptivos pendientes por resolver, así:

9.1.- El especialista Darío Santacruz alegó *«ausencia de imputación o causalidad jurídica entre la conducta desplegada y el daño»*, aduciendo que su actuar se encaminó a realizar una cesárea de urgencia *«con la ocurrencia de un asincretismo»*, labor en la cual empleó todo su conocimiento, experiencia y experticia, pues atendió el llamado para el efecto de manera inmediata y le dio un manejo adecuado y oportuno.

Revisada la historia clínica se advierte que, en efecto, a este demandado no se le pueden reprochar las irregularidades de carácter administrativo o profesional en la atención del trabajo de parto de la señora Yamileth que quedaron evidenciadas en el proceso, pues, de acuerdo con los medios de convicción recaudados, en su calidad de especialista practicó la cesárea, sin que la imputación de responsabilidad se haya originado en una mala praxis en ese procedimiento quirúrgico en sí. Por lo demás, el perito dictaminó que ante el diagnóstico

de parto distócico *«se procede a realizar la cesárea que estaba claramente indicada y que se lleva a cabo en un tiempo adecuado»*.

Así, por lo que respecta a este convocado, es posible inferir que actuó con la diligencia y cuidado debidos, de acuerdo con la participación en los actos médicos que le fueron delegados de acuerdo con su especialidad. En consecuencia, se declarará probada la referida excepción, sin necesidad de estudiar los demás medios de defensa alegados, dado que el alcance de éste será la completa desestimación de las súplicas impetradas en su contra.

9.2.- Paula Andrea Ramírez Muñoz⁴⁸, excepcionó *«división del trabajo»*, en síntesis, porque su atención a la paciente *«se limitó a la observación y control del trabajo de parto en el turno que iba desde las 15:00 a las 23:00 hrs del día 12 de mayo de 2006, acto médico que se desarrolló sin ningún tipo de complicaciones tal y como consta en la historia clínica»*, precisando que ese principio se arraiga en la confianza, pues, *«cada médico espera que cada una de las personas realice las funciones propias de su especialidad, ya que para esto está entrenado, capacitado y además cuenta con el aval legal para desempeñar dicha actividad»*.

Revisada la historia clínica de la señora Yamileth, se advierte que durante el turno de atención de la Dra. Paula Andrea Ramírez que, según su propio dicho, se prolongó durante 8 horas, ella únicamente plasmo tres anotaciones a las 16:30, 19:00 y 22 horas⁴⁹, y si bien es cierto, estas no dan

⁴⁸ Folios 493 a 509. C. 1A.

⁴⁹ Folios 564 – 565, C. 1A.

cuenta de signos preocupantes, en todo caso, durante ese lapso desatendió el deber de realizar el partograma y ni siquiera dejó registro de sus valoraciones de los diferentes *ítems* plasmados en el documento denominado «*control trabajo de parto*», ni constancia de que haya vigilado a la paciente con la frecuencia indicada para la fase en que se hallaba, todo lo cual, según ya se analizó, tuvo incidencia causal en la pérdida de oportunidad de que la complicación en el expulsivo se hubiera podido conjurar o atender con mayor prontitud, pues, en últimas, hace notar la falta de coordinación en la invocada división del trabajo, que lejos de restar responsabilidad a la doctora Paula Andrea, la compromete.

Por lo expuesto, esta excepción se declarará infundada.

9.3.- Marcelo Iván Feuillet⁵⁰ y la IPS Clínica Versalles adujeron en su defensa, «*caso fortuito*». De manera muy general, afirmaron que en este caso se presentó el evento de «*una patología insuperable para los medios científicos, por lo que las circunstancias se tornaron inevitables dentro del manejo médico procurado y de acuerdo al estado de la ciencia con los medios al alcance, siendo tal evento no solo inevitable sino también irresistible*»

Además, alegaron «*inexistencia de responsabilidad de acuerdo con la ley*», con sustento en el artículo 13 del Decreto 3380 de 1981, dado que el acto médico no fue la causa de las condiciones adversas que sobrevinieron para la paciente y su criatura, sino que constituyó «*un fenómeno de irresistibilidad dentro del campo de la práctica médica*» y sus efectos eran «*inevitables*», pese

⁵⁰ Folios 632-649 C. 1A

a que se adoptaron *«las medidas conducentes tendientes a disminuir cualquier riesgo sobreviniente, la historia clínica así lo reseña»*.

A tono con el artículo 64 del Código Civil, el caso fortuito se caracteriza por ser imprevisible e irresistible. Al respecto, en SC de 23 jun. 2000, rad. 5475, la Corte memoró los tres criterios sustantivos encaminados a establecer cuándo un hecho puede considerarse imprevisible: *«1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo»*; igualmente, señaló que en el lenguaje jurídico, la irresistibilidad, debe entenderse como aquel estado *«predicable del sujeto respectivo que entraña la imposibilidad objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos (...). En tal virtud, este presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente, la persona no pueda - o pudo - evitar, ni eludir sus efectos (criterio de la evitación).»*

Las excepciones propuestas con apoyo en esa figura jurídica no tienen vocación de prosperidad, toda vez que se orientan a romper el nexo causal en relación con las lesiones sufridas por la niña y las complicaciones que la generaron, pero no tienen el alcance de cuestionar la pérdida de oportunidad que se dilucidó en esta actuación que fundamenta la deducción de responsabilidad. Adicionalmente, como ya se apreció, una complicación por *«variedad de presentación posterior»*, no es imprevisible ni irresistible, pues según lo explicó el perito Cortés Yepes, puede detectarse durante la fase activa del trabajo de parto en la que también puede ser corregida, siendo uno de los aspectos que, de llegar a detectarse en esa etapa,

debe destacarse en la curva de alerta del partograma para orientar las conductas de vigilancia y atención del parto, no obstante, en este caso ese instrumento gráfico ni siquiera se diligenció.

9.4.- La Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A. SOS - EPS SOS. S.A.⁵¹ alegó: «*cumplimiento contractual por parte de la entidad promotora de salud*». Expuso que la señora Yamileth está afiliada a esa entidad en calidad de beneficiaria, y al existir ese vínculo contractual, de acuerdo a los parámetros de la Ley 100 de 1993, la EPS está obligada a contratar una red de prestadores de servicios de salud para la atención oportuna. La EPS le garantizó a la usuaria las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud y cumplió todas sus obligaciones contractuales, por lo que no es posible predicar que «*por su negligencia u omisión hubiera causado el supuesto daño aducido*».

Se acreditó que la EPS no le suministraba de manera directa los servicios asistenciales a la madre gestante, sino a través de la IPS Clínica Versalles, de acuerdo con la normatividad que rige la materia; no obstante, esa circunstancia, por sí misma, lejos está de constituir una causal de exoneración de responsabilidad, por el contrario, le imponía a ambos participantes del Sistema de Seguridad Social en Salud, la obligación de garantizar a sus afiliadas -madre e hija por nacer- la prestación de los servicios requeridos bajo los parámetros legales de seguridad y calidad, ofreciendo la

⁵¹ Folios 171-205 C. 1

protección especial que merecen las personas que por su condición física se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Tales obligaciones fueron desatendidas en la medida que no se suministró a la señora Yamileth Ortiz Osorio en trabajo de parto la adecuada vigilancia para la salvaguarda de sus derechos y los de su hija que estaba por nacer, y aunque, en principio, la responsabilidad recae en la IPS, no se puede pasar por alto que las entidades promotoras de salud tienen el control sobre la calidad de la prestación del servicio de salud que ofrecen a sus afiliados, y al tenor del artículo 178 de la Ley 100 de 1993, dentro de sus funciones está «6. *Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud*»; de ese modo, si entre las obligaciones de las EPS está garantizar a sus usuarios la prestación de servicios en condiciones de calidad y seguridad, la falla en esas garantías las hace responsables frente a ellos.

Se colige de lo expuesto que la responsabilidad de las entidades participantes tanto en el aseguramiento como en la prestación efectiva de los servicios médico-asistenciales es solidaria y, por ello, la referida excepción no puede tener éxito.

9.5.- Cumplimiento de la obligación de medio.

Los médicos accionados, en esencia, alegaron que las obligaciones asumidas respecto de la gestante eran de medios y fueron cumplidas. Al respecto sin necesidad de entrar en

planteamientos dogmáticos acerca de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, conviene memorar la jurisprudencia de la Corte acerca de la naturaleza de los deberes que adquiere el médico por virtud de la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales.

Al efecto, en SC 30 ene. 2001, exp. 5507, se memoró:

Con relación a la responsabilidad contractual, que es la que por lo general se le puede demandar al médico en consideración al vínculo jurídico que se establece entre éste y el paciente, la Corte desde la sentencia de 5 de marzo de 1940, partiendo de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, estimó que por lo regular la obligación que adquiere el médico ‘es de medio’, aunque admitió que ‘Puede haber casos en que el médico asume una obligación de resultado, como la intervención quirúrgica en una operación de fines estéticos’. Todo para concluir, después de advertir que no se pueden sentar reglas absolutas porque la cuestión de hecho y de derecho varía, que en materia de responsabilidad médica contractual, sigue teniendo vigencia el principio de la carga de la demostración de ‘la culpa del médico...’, agregando como condición ‘la gravedad’, que a decir verdad es una graduación que hoy en día no puede aceptarse, porque aún teniendo en cuenta los aspectos tecnológicos y científicos del acto profesional médico, la conducta sigue siendo enmarcable dentro de los límites de la culpa común, pero, sin duda alguna, sin perder de vista la profesionalidad, porque como bien lo dice la doctrina, ‘el médico responderá cuando cometa un error científico objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase’.

Igualmente en sentencia de 3 de noviembre de 1977, la Corte consideró que por lo regular las obligaciones que para los médicos surgen, son de medio, de ahí que éstos no se obliguen, según se dijo ‘a sanar el enfermo, sino a ejecutar correctamente el acto o serie de actos que, según los principios de su profesión, de ordinario deben ejecutarse para conseguir el resultado. El haber puesto estos medios, con arreglo a la ciencia y a la técnica, constituye el pago de esta clase de obligaciones’.

Posteriormente, concretamente en sentencia de 12 de septiembre de 1985, ya referenciada, la Corporación luego de ubicar el tema en la responsabilidad contractual y anotar que el contenido de las obligaciones que en virtud del contrato asumen los médicos y los establecimientos hospitalarios, ‘variará según la naturaleza de la afección que padezca el enfermo y la especialización misma de los servicios que preste la entidad’, sostuvo que ‘Con relación a las

obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso sino exactamente de curar al enfermo, si al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, según expresiones con que la jurisprudencia francesa describe su comportamiento. Por tanto, el médico sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación’.

Y posteriormente, en SC 5 nov. 2013, exp. 2005-00025-01, la sala puntualizó:

Es claro, entonces, que por regla de principio, los médicos se obligan a realizar su actividad con la diligencia debida, esto es, a poner todos sus conocimientos, habilidades y destrezas profesionales, así como todo su empeño, en el propósito de obtener la curación del paciente o, en un sentido más amplio, a que éste consiga en relación con su salud o con su cuerpo el cometido que persigue o anhela, sin que, por lo tanto, se reitera, como regla general, queden vinculados al logro efectivo del denominado “interés primario” del acreedor –para el caso, la recuperación de la salud o su curación-, pues su deber de prestación se circunscribe, particularmente, a la realización de la actividad o comportamiento debido, con la diligencia exigible a este tipo de profesionales.

En este caso, tal y como se analizó con exhaustividad, el juicio de reproche frente a los médicos que atendieron el trabajo de parto, no se realizó frente al resultado consistente en las patologías que se derivaron para la infante por el parto distócico, sino por no haber ejecutado de manera adecuada su obligación de medios, es decir, con la diligencia exigida como profesionales de la salud para ese tipo de atenciones, utilizando sus conocimientos y todos los recursos a su alcance según los estándares de la medicina para brindar una atención eficiente y de calidad a la madre y a su hija que estaba por nacer,

quienes en ese momento se hallaban en relación de especial vulnerabilidad y de total sujeción al criterio médico.

Como los opositores no atendieron esas exigencias, esta excepción tampoco prospera.

10.- Estimación de perjuicios y congruencia del fallo.

Según se explicó en la parte dogmática de este proveído, la pérdida de oportunidad comporta un **daño autónomo**⁵², es decir, independiente del resultado final -muerte, invalidez o agravación del estado de la salud, en los casos de responsabilidad médica-⁵³, y como en este caso los promotores de la acción tuvieron a bien reclamar una indemnización única y específica por ese rubro, queda limitada la competencia del juzgador a resolver sobre la pretensión así formulada por virtud del principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso. Por lo tanto, a ello se contraerá el

⁵² Cfr. Tratado de Derecho de Daños. Sebastián Picasso y Luis R. Sáenz. Tomo I. Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, 2019, pág. 485.

⁵³ Francois Chabas sostiene que la pérdida de oportunidad es una forma especial de perjuicio, y lo que le da la especificidad «*es que el perjuicio no es la pérdida de una “ventaja esperada” (sobrevivir, ganar un proceso judicial) sino la pérdida de la oportunidad de obtener esa ventaja que se espera*», y en materia de responsabilidad médica, manifiesta que comparte la posición de la doctrina, referente a que «*la pérdida de oportunidad de curarse o de sobrevivir constituye un perjuicio específico totalmente independiente del perjuicio final representado por la muerte o la invalidez del paciente*». (Cfr. La pérdida de una oportunidad (Chance) en el Derecho Francés de la Responsabilidad Civil. En: Colección Conmemorativa Revista de Responsabilidad Civil y del Estado. Tomo II. Ediciones 8-14. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, pág. 60). Y respecto de su reparación, acota que cuando atañe a la pérdida de la oportunidad de sobrevivir, «*el juez no puede ordenar al médico a pagar una indemnización igual a la que se debería si él hubiera matado realmente al enfermo*», razonamiento que aplica también para otros eventos de pérdida de la ventaja esperada, de manera que «*el juez debe hacer que la reparación sea proporcional al coeficiente de oportunidades que tenía el paciente y que éste ha perdido*»; se examina «*cuántas oportunidades tenía el paciente de no sufrir este otro perjuicio; se calcula la indemnización según esas oportunidades, pero tomando como base la suma que habría servido para indemnizar por la muerte o por la pérdida cierta de cualquiera otra “ventaja esperada”*» (*ibidem*, pág. 74).

análisis en este segmento del fallo, resultando innecesario extenderse en disertaciones doctrinarias adicionales relacionadas con la naturaleza del perjuicio derivado de la pérdida de oportunidad y la forma cómo debe ser indemnizado⁵⁴.

Así las cosas, dado que el éxito de las pretensiones deviene de la pérdida de oportunidad, para establecer la viabilidad y *quantum* del resarcimiento, solo se tendrá en cuenta la frustración del chance que tenía la menor de edad accionante de haber nacido sin el traumatismo derivado de un parto prolongado con hipoxia perinatal, del cual se derivaron graves secuelas definitivas e irreversibles en su salud.

10.1.- En cuanto a la certeza del perjuicio irrogado a los promotores, es importante tener en cuenta que para el momento del hecho dañoso la señora Yamileth Osorio apenas tenía 24 años de edad y era ese su primer embarazo, el cual se

⁵⁴ Sebastián Picasso y Luis R. J. Sáenz, sostienen que la pérdida de oportunidad constituye una categoría autónoma que debe ubicarse a otro nivel conceptual, y «*su frustración como consecuencia del hecho ilícito constituye un “daño - lesión” o “daño - evento”, que puede dar lugar a distintas consecuencias resarcibles, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales*» (Op. Cit. Pág. 494) y acerca de la relación entre el daño como tal y los perjuicios resarcibles con ocasión de su estructuración, tras hacer referencia a un ejemplo concreto, acotan: «*(...) la pérdida de chance es un daño autónomo, pero que no se trata de un tertius genius entre el perjuicio patrimonial o moral, ni constituye una especie dentro de estos últimos. No es una consecuencia más del hecho ilícito, sino el daño “fáctico” propiamente dicho, del cual surgen las consecuencias resarcibles (o perjuicios en sentido estricto). En efecto, el daño - evento, estaba constituido, en el caso, por la pérdida de oportunidad de curación que padeció la víctima (la chance de sobrevida del enfermo constituía un bien que estaba en relación con diversos intereses -patrimoniales o extrapatrimoniales- de los damnificados indirectos), mientras que las consecuencias resarcibles son los perjuicios que reclaman sus familiares, y que pueden ser de naturaleza patrimonial o moral*». (Op. Cit. Pág. 495).

Sobre la misma temática, en CSJ SC 09 sep. 2010, exp. 2005-00103-01, la Sala puntualizó que «*la pérdida de una oportunidad comporta a la reparación proporcional, parcial, fraccionada o probabilística con distribución equilibrada, armónica y coherente de la incertidumbre causal de un resultado dañoso probable, evitando, por un lado, la injusticia de no repararlo, y por otro lado, la reparación plena cuando no hay certeza absoluta sino la probabilidad razonable respecto a que un determinado evento, hecho o comportamiento pudo o no causarlo (...)*».

desarrolló sin señales de alerta ni riesgos particulares para la gestante o para la hija que llevaba en su vientre, al punto que su ginecólogo tratante encontró procedente el parto natural. Por lo mismo, en principio, la madre mantenía la legítima expectativa de que esa fase culminante de su estado de gravidez se presentaría sin complicaciones y que la niña nacería sana, ahora, si bien es cierto, que pese a la normalidad del embarazo en el parto podían presentarse complejidades, precisamente por eso, los médicos encargados de su atención tenían el deber de vigilancia y seguimiento conforme a las directrices de la norma técnica y a la *lex artis*, pues la oportunidad en que éstas se detectaran les daba mayor posibilidad de maniobra o de adoptar las medidas indicadas para superarlas con éxito; de modo que sus omisiones en ese sentido se tornaron en la conducta antijurídica que frustró de manera definitiva la oportunidad de que la madre diera a luz una hija sana.

10.2.- Acreditados los elementos de la responsabilidad por pérdida de oportunidad, respecto de la víctima directa es incontrovertible el menoscabo, toda vez que, según quedó acreditado, sus posibilidades de tener una vida sana quedaron aniquiladas desde el mismo momento del nacimiento como consecuencia de la «*hipoxia perinatal*», que padeció en el parto prolongado de su progenitora, con un diagnóstico posterior de «*síndrome de Lennox Gastaut/Retraso mental profundo / Encefalopatía epiléptica refractaria*», y una pérdida de capacidad laboral del 100%, dictaminada por la Junta Regional de Calificación de

Invalidez del Valle del Cauca⁵⁵, lo que conlleva a la limitación del disfrute de la vida y a su absoluta dependencia de otras personas para que la asistan en sus funciones vitales durante toda su existencia.

10.3.- El perjuicio ocasionado a sus padres por la misma causa también puede inferirse de la dolorosa frustración al haber visto truncada de manera definitiva la posibilidad de que su hija naciera sana y pudiera desarrollar su potencial en cada fase de la vida en unas condiciones de salud normales o deseables.

Obsérvese que, de acuerdo con lo acreditado en el juicio, dentro del proyecto de vida de esa pareja al conformar una familia estaba ser padres, expectativa de la cual quedó constancia en la historia clínica de Yamileth, pues en el componente de su ingreso al programa de control prenatal, se plasmó *«embarazo planeado con buena aceptación por parte de ambos padres»*⁵⁶, lo que supone una preparación familiar para recibir a su hija en las mejores condiciones de salud y adaptabilidad, en orden a lo cual, según quedó probado, la madre acudió con diligencia y periodicidad a los respectivos controles durante el embarazo a través de la red de prestadores de su EPS.

Al respecto, también se pronunciaron algunos de los testigos, como Eliana María Restrepo Hurtado, quien a la pregunta si el primer embarazo de Yamileth fue deseado, contestó *«claro que si ellos anhelaban su primer bebe después de su*

⁵⁵ Fls. 860 – 862, cdno. 1 B.

⁵⁶ Folio 22, c. 1.

matrimonio querían tener su primer hijo» y agregó que las expectativas de ellos eran «tener su bebe sano verla crecer ir a la escuela vivir todo lo que los padres desean tener con sus hijos cuando tienen un niño normal y poder inculcarle valores como familia y tener su niña bien». Por su parte, Heidy Carolina Rendón, al ser interrogada sobre algunos aspectos relevantes, expuso:

PREGUNTA: cuales eran las expectativas de estas personas con el nacimiento de Natalia. CONTESTO: ellos estaban muy alegres porque era la primera hija de ellos, todos la estaban esperando con mucha alegría. PREGUNTADO: Indique al despacho si el crecimiento y desarrollo de la menor Natalia rivera ha sido anormal y si ella ha podido desarrollar las actividades propias de su edad. CONTESTO: no ella nunca ha podido desarrollar las actividades propias de su edad ni siquiera en sus primeros días. PREGUNTADO: sírvase decir al despacho como se han visto afectadas estas personas moral y psicológicamente con el estado de salud de la menor Natalia desde su nacimiento hasta la fecha. CONTESTO: se vieron muy afectados en todos los ámbitos Yamileth no pudo volver a trabajar, su estado de ánimo nunca volvió a ser igual ella nunca pudo volver a participar de las actividades de la parroquia como lo asíamos (sic) antes ella se retiró no pudo ser catequista, no pudo volver a pasear a ir a cine a todas las actividades recreativas normales.

De los mencionados medios de convicción se extrae que el parto traumático de Yamileth, sumado a la asfixia perinatal de su hija y a las secuelas en la salud que le impiden llevar una vida independiente, sí le generaron a los padres demandantes graves perjuicios, que en la forma deducida en esta providencia se inscriben en la órbita de los extrapatrimoniales cuya cuantificación queda sometida al *arbitrium judicis*.

10.4.- En las descritas circunstancias, establecida la certeza del daño, en el sano criterio de la Sala, las aspiraciones formuladas a favor de la menor afectada y de sus padres, dada la grave entidad del perjuicio sufrido, pueden ser acogidas en

el monto solicitado esto es, a razón de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

También se accederá a las súplicas que por ese mismo concepto formularon las señoras María Rosalba Ortiz Marín y Martha Ligia Castaño, quienes, en su condición de abuelas, también se vieron enfrentadas a la realidad del nacimiento de su nieta en las difíciles circunstancias descritas y al dolor de ver que por sus graves limitaciones físicas y síquicas nunca podrá llevar una vida en condiciones de normalidad. No obstante, dado que su parentesco es en el segundo grado de consanguinidad, su reconocimiento solo se efectuará por el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una.

11.- Decisión respecto del llamamiento en garantía

11.1.- La Clínica Versalles formuló llamamiento en garantía contra Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., con apoyo en los contratos de seguro documentados en las pólizas de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y/o Hospitales 1501000006903, 1501000006904, 1501000006905 y 1501306000111, aduciendo que éstas se encontraban vigentes para la fecha de los hechos que dieron origen a la demanda, de modo que la compañía de seguros está obligada a cancelar las sumas a que la llamante pudiera resultar condenada en este proceso, dentro de los límites y amparos convenidos.

11.2.- La convocada en garantía formuló excepciones de mérito frente a su llamante, entre ellas, «*prescripción extraordinaria*

derivada del contrato de seguro». Para sustentarla, indicó que desde el 13 de mayo de 2006 -fecha del parto-, hasta la contestación del llamamiento en garantía, transcurrieron más de seis (6) años, por lo que se concretó a su favor la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, de conformidad con el artículo 1081 del estatuto mercantil.

Para resolver sobre este medio exceptivo, se memora que, a la luz del artículo 1081 del Código de Comercio, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria, la primera es de dos años y empieza a correr *«desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción»*, mientras que la segunda es de cinco años, corre contra toda clase de personas y empieza a contarse *«desde el momento en que nace el respectivo derecho»*. Por otra parte, tratándose de los seguros de responsabilidad civil, dispone el artículo 1131 *ibidem*, que *«se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial»* (Subraya intencional).

En SC 3 may. 2000, exp. n° 5360, la Sala se refirió a la contabilización de los términos de prescripción, enfatizando en que la ocurrencia del siniestro no es necesariamente el punto de partida para el efecto, al respecto, indicó:

Para determinar cabalmente el cómputo de estos términos, es preciso tener en cuenta la diversidad de acciones que surgen “del contrato de

seguro o de las disposiciones que lo rigen”, pues obviamente el artículo 1081 del C. de Co. no está diseñado ni se agota exclusivamente frente a la indemnizatoria -o la encaminada a exigir la prestación asegurada- en manos del beneficiario del seguro, cuestión que obliga, en el marco de una cabal hermenéutica de ese precepto, establecer en cada caso concreto la naturaleza de la prestación reclamada, pues ésta ha de determinar a su turno cuál “ES EL HECHO QUE DA BASE A LA ACCION” (tratándose de la prescripción ordinaria) y en qué momento “NACE EL RESPECTIVO DERECHO” (cuando se invoque la prescripción extraordinaria); desde luego que esas acciones no siempre tienen su origen en un solo hecho o acontecimiento, pues éste varía conforme al interés de su respectivo titular (tomador, asegurado, beneficiario, o asegurador), y tampoco tienen siempre su fuente en el contrato mismo de seguro, sino algunas veces en la ley, como acontece con las acciones y las excepciones de nulidad relativa, la devolución de la prima etc.. Lo anterior, es claro, sin perjuicio del régimen prescriptivo establecido en el artículo 1131 del C. de Co. para el seguro de responsabilidad civil, en el que la prescripción corre frente al asegurado a partir del momento de la petición indemnizatoria, (judicial o extrajudicial), que efectúe la víctima, y, respecto de ésta, desde “el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado”, según lo esclareció el legislador del año 1.990 (art. 86, Ley 45). (subraya intencional).

Así, el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (prescripción ordinaria), será distinto en cada caso concreto, según sea el tipo de acción a intentar, y quién su titular, y otro tanto es pertinente predicar del “momento en que NACE EL RESPECTIVO DERECHO”, cuando se trate de la prescripción extraordinaria, pues en ésta ese momento tampoco es uno mismo para todos los casos, sino que está dado por el interés que mueve a su respectivo titular⁵⁷.

En el caso en estudio, aunque los hechos que dieron origen al litigio se presentaron el 13 de mayo de 2006, la Clínica Versalles tuvo conocimiento de la existencia de la demanda judicial en su contra solo el 13 de diciembre de 2010, fecha en la que se concretó la notificación del auto admisorio a su apoderado judicial⁵⁸, y fue dentro del término de traslado conferido para ejercer su derecho de defensa que se valió de la prerrogativa de llamar en garantía a la compañía aseguradora.

⁵⁷ Sobre la interpretación de los artículos 1081 y 1131 del Código de Comercio, también puede consultarse SC 29 jun. 2007, Exp. N° 11001-31-03-009-1998-04690-01

⁵⁸ Folio 271, c. 1

Ello significa, que al ostentar la llamante la calidad de asegurada en las pólizas que sirvieron de base a la mencionada citación, a la luz del artículo 1131 del Código de Comercio, para ella el término de prescripción empezaba a correr solo a partir de la notificación de la demanda formulada en su contra como presunta responsable del daño irrogado a los promotores, pues al no existir constancia de que con antelación en forma extrajudicial fue requerida para el mismo efecto, solo a partir de ese momento puede predicarse con exactitud que tuvo conocimiento del hecho base de la acción, es decir, de la responsabilidad civil que se le atribuye, de modo que allí también nace su derecho a reclamarle a la aseguradora que acuda al proceso y, de ser el caso, honre sus obligaciones aseguraticias para la indemnidad de su patrimonio.

Así las cosas, para el 11 de enero de 2011, fecha en que la mencionada demandada formuló el llamamiento en garantía⁵⁹, no habían transcurrido dos años desde su enteramiento judicial de la reclamación indemnizatoria, interrumpiéndose así el fenómeno de la prescripción extintiva, cuyo efecto permaneció inalterable dado que dicha solicitud fue admitida por auto del 10 de septiembre de 2012, notificado al apoderado judicial de la aseguradora el 6 de diciembre de 2012, esto es, dentro de la debida oportunidad procesal.

En consecuencia, la excepción de prescripción extintiva se declarará infundada.

⁵⁹ Cfr. Cuaderno 2.

11.3.- La convocada propuso otros medios de defensa contra la demanda inicial y frente a su llamamiento.

11.3.1.- En cuanto a la primera alegó «*inexistencia de la obligación de indemnizar*», «*inexistencia de nexo de causalidad entre el comportamiento contractual del asegurado Clínica Versailles S.A. y el resultado final que haya podido causar perjuicios*», «*carga de la prueba de los perjuicios sufridos y de la responsabilidad del asegurado*», «*indeterminación de los perjuicios reclamados y falta de prueba de los mismos*», «*violación al juramento estimatorio artículo 206 del Código General del Proceso*».

Sobre las defensas relacionadas con los elementos estructurantes de la responsabilidad y la consecuente obligación de indemnizar, así como con la prueba de los perjuicios, no es necesario entrar en cavilaciones adicionales, toda vez que sobre esos mismos *ítems* versaron en gran medida las excepciones propuestas por los demandados, las cuales fueron analizadas y desestimadas en un segmento anterior de este mismo proveído, por lo que éstas corren la misma suerte y así se declarará.

11.3.2.- Ante el llamamiento en garantía se excepcionó: «*límite de amparos y coberturas*», «*sublímite de valor asegurado para los perjuicios morales*» y «*límite de responsabilidad de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.*».

Para resolver acerca de estas cuestiones, lo primero que debe advertirse es que la existencia de la relación de aseguramiento entre llamante y llamada no fue discutida, sin

embargo, en su escrito de réplica, la aseguradora tras referir las características de las pólizas aportadas por la Clínica Versalles para sustentar su citación, hizo notar las fechas de vigencia de aquellas y adujo que solo podía tenerse en cuenta *«la póliza que estuviera vigente para el hecho sobre el cual se llegare a imputar la responsabilidad porque las pólizas aportadas indican coberturas para anualidades diferentes»*⁶⁰.

Al reparar en los anexos de esa actuación, se evidencia que la única póliza vigente para el 13 de mayo de 2006, fecha en que acaecieron los hechos que dieron origen al litigio, es la Nro. 1501000006905 bajo la modalidad de *«Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Hospitales»*, en la que aparece como tomadora y asegurada: Clínica Versalles, beneficiario: cualquier tercero afectado: vigencia: del 15 de octubre de 2005 al 10 de septiembre de 2006; como suma asegurada de \$300.000.000.

De las cláusulas y condiciones particulares de la póliza en mención, se destacan: la segunda en la cual, *«Se deja constancia que se amparan todos los siniestros ocurridos durante la vigencia de la póliza, dentro del territorio colombiano y sin fecha límite para la reclamación por parte del asegurado a la aseguradora»*, de manera que se rige por el esquema general basado en la ocurrencia conforme al artículo 1131 del Código de Comercio, y la treceava que define el alcance de la cobertura, comprendiendo *«la responsabilidad civil imputable al asegurado por actos y omisiones profesionales cometidos por el personal médico, paramédico, médico auxiliar, farmacéuta, laboratorista bajo relación laboral, personal adscrito o autorizado por el asegurado, en el ejercicio de sus actividades propias de*

⁶⁰ Folios 59 – 73, c. 2.

una clínica o un hospital», de donde se infiere que el evento analizado en este proceso se inscribe dentro del riesgo asegurado en la misma.

Como la pretensión no encuentra fundamento en las demás pólizas dado que corresponden a vigencias anteriores o posteriores a la de ocurrencia del hecho dañoso, debe entenderse que las defensas en mención conciernen a la única póliza que sustenta el llamamiento, por lo que Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. deberá reembolsar a su llamante, teniendo en cuenta la cobertura básica de dicha póliza por la suma asegurada es de \$300.000.000, con un deducible del 10% de la pérdida mínimo \$2.000.000. De esta manera se atenderá la solicitud referente a que en la condena no se exceda el monto asegurado ni se desconozcan el deducible, de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio.

12.- Costas

Ante la prosperidad del recurso de apelación formulado por los accionantes, de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas de ambas instancias a los demandados vencidos, y los demandantes, cubrirán las causadas a favor del demandado Darío Alberto Santacruz.

VII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Agraria y Rural, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2019 por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Cali, dentro del proceso de responsabilidad civil promovido por Yamileth Osorio Ortiz y Francisco Leandro Rivera Castaño, en nombre propio y en representación de su menor hija Natalia Rivera Osorio; María Rosalba Ortiz Marín y Martha Ligia Castaño, contra S.O.S. Servicio Occidental de Salud S.A., E.P.S., Clínica Versalles S.A. I.P.S., Paula Andrea Ramírez Muñoz, Marcelo Iván Feuillet y Darío Alberto Santacruz, en el cual Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. acudió como llamada en garantía.

SEGUNDO. Declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por los demandados S.O.S. Servicio Occidental de Salud S.A., E.P.S., Clínica Versalles S.A. I.P.S., Paula Andrea Ramírez Muñoz y Marcelo Iván Feuillet.

TERCERO: Declarar que S.O.S. Servicio Occidental de Salud S.A. E.P.S., Clínica Versalles S.A. I.P.S., Paula Andrea Ramírez Muñoz y Marcelo Iván Feuillet, son civil y solidariamente responsables de los daños causados a los demandantes, con ocasión de los hechos que dieron origen a este proceso. En consecuencia, a título de indemnización de perjuicios por pérdida de oportunidad, se les condena a pagar:

- A Natalia Rivera Osorio, Yamileth Osorio Ortiz y Francisco Leandro Rivera Castaño, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

- A María Rosalba Ortiz Marín y Martha Ligia Castaño, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada una.

CUARTO: Declarar probada la excepción de «ausencia de imputación o causalidad jurídica entre la conducta desplegada y el daño» formulada por Darío Alberto Santacruz, por lo que se le exonera de responsabilidad.

QUINTO: Negar las demás súplicas de la demanda.

SEXTO: Condenar a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. como llamada en garantía de Clínica Versalles S.A., a reembolsar a su llamante la suma que ésta llegare a pagar a los demandantes con ocasión del cumplimiento de esta sentencia, con cargo a la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Clínicas y Hospitales Nro. 1501000006905 por el valor asegurado, teniendo en cuenta el límite de la cobertura y el deducible pactado del 10%.

SÉPTIMO: Condenar en costas por el trámite de ambas instancias a los demandados vencidos, incluyendo como agencias en derecho por la segunda instancia la suma de \$12.000.000. Los demandantes, cubrirán las costas a favor de Darío Alberto Santacruz, como agencias en derecho por el

trámite en la misma instancia, pagarán \$ 4.000.000.

OCTAVO: De conformidad con el Acuerdo 034 de 2020 de esta Sala, en aras la protección de la intimidad de la menor de edad afectada, para efectos de su publicación, se emitirá providencia paralela con idéntico tenor, en la cual sus nombres y los de sus padres serán reemplazados por otros ficticios.

Notifíquese y devuélvase

FERNANDO AUGUSTO JIMÉNEZ VALDERRAMA

Presidente de la Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

(Salvamento de voto)

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

(Salvamento parcial de voto)

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por:

Fernando Augusto Jiménez Valderrama
Presidente de la Sala

Hilda González Neira
Magistrada
Salvamento de voto

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Magistrada

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
Magistrado
Salvamento parcial de voto

Luis Alonso Rico Puerta
Magistrado

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: E70C3FDD18CDA512CA0F558799F1216E502E734281F339D70E6C38DF73B06A46

Documento generado en 2024-04-24