

RADICACIÓN: 19001-31-03-006-2012-00328-02
PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.
MARLEN PAOLA PINO CARVAJAL Y OTROS -VS- CLÍNICA LA ESTANCIA Y COOMEVA
E.P.S.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL - FAMILIA**

MAGISTRADO PONENTE: MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

Popayán, dieciséis (16) de febrero del año dos mil veintiuno (2021).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Corresponde resolver el recurso de apelación¹ interpuesto por los demandantes, en contra de la sentencia proferida en audiencia el 17 de mayo de 2018, dictada en primera instancia por el JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN - CAUCA, dentro del PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, instaurado por MARLEN PAOLA PINO CARVAJAL, JOSE LUIS PERLAZA LÓPEZ, DEIFAN CARVAJAL DE PINO, JAIRO ANTONIO PINO HURTADO, ROSA LAURA LÓPEZ DE PERLAZA, MARÍA PAULA PERLAZA PINO y MIGUEL ÁNGEL PERLAZA PINO, en contra de la Entidad Promotora de Salud COOMEVA y CLÍNICA LA ESTANCIA, obrando como llamados en garantía: JAVIER PÉREZ PUERTA, LIBERTY SEGUROS S.A. y la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES

Solicitan los demandantes declarar patrimonial y solidariamente responsables a los demandados por los daños causados y, en consecuencia, ordenar indemnizarlos conforme a los siguientes conceptos y valores debidamente actualizados a la fecha del pago:

¹ Asignado previa declaratoria de pérdida de competencia, por parte del Despacho al que inicialmente fue adjudicado.

1. Por perjuicios materiales, en favor de los demandantes o quien sus derechos representen al momento del fallo, las siguientes sumas:
 - a. Por daño emergente: la suma de mil millones de pesos (\$1.000'000.000), atendiendo los gastos de *"alimentación, vivienda, vestido, calzado, recreación, estudio, niñera, que deben proveer los padres al menor de edad nacido, y, hasta que este, cumpla la mayoría de edad, incluyendo todos los gastos futuros en que incurrirá la madre por las graves lesiones físicas y psicológicas al no practicarse el procedimiento quirúrgico por ella solicitado"*.
 - b. Por lucro cesante: la suma de cincuenta millones de pesos (\$50'000.000)
2. Por perjuicios morales, el equivalente a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (500 SMLMV).
3. Por "goce a la vida", el equivalente a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (500 SMLMV).
4. Por "daño a la vida de relación" el equivalente a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (500 SMLMV).

LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA DEMANDA

Para la Sala, de los hechos narrados en la demanda, tienen la calidad de tales y es relevante aquí resumir, los siguientes:

1. La pareja conformada por MARLEN PAOLA PINO CARVAJAL y JOSE LUIS PERLAZA LÓPEZ, trabajaban para la Compañía Andina de Alimentos Vinos Espiritosos CAVES

S.A. EMMA Sucursal Colombia, en la sede ubicada en una mina de carbón, en el corregimiento de la Loma, departamento del Cesar, con asignaciones mensuales de \$2'200.000 y \$2'496.000, respectivamente.

2. Los señores Pino - Perlaza, planearon tener un solo hijo, decisión concertada con los abuelos quienes cuidarían del menor por cuanto su lugar de trabajo, una mina de carbón, no era apto para un bebé, dada la contaminación ambiental.

3. En forma posterior, la señora Marlen Paola Pino, quedó en embarazo y su período de gestación fue de alto riesgo.

4. El 3 de septiembre de 2009, a las 22+06 horas, según historia clínica, Marlen Paola Pino, ingresó a la Clínica la Estancia en Popayán - Cauca, con dolor pélvico, fue valorada por el Dr. Javier Pérez, con diagnóstico de ingreso: "embarazo prolongado 41s.s."

5. La señora Marlen Pino y el señor José Luis Perlaza, en charla sostenida con el médico Javier Pérez Puerta, le comunicaron su deseo compartido de no tener más hijos y le solicitaron realizar un procedimiento quirúrgico de infertilidad, el médico informó que el tratamiento quirúrgico que deseaban: ligadura de trompas o Pomeroy, era irreversible, e insistió a la paciente en que no era necesaria cirugía, sin embargo, la pareja solicitó realizar la operación.

6. El 4 de septiembre de 2009, Marlen Paola Pino Carvajal, suscribió consentimiento informado para cirugía de Oclusión Tubárica (Ligadura de Trompas), en la Clínica La Estancia, con el objeto de impedir un nuevo embarazo. Además, suscribió consentimiento informado para Inducción de parto, anestesia y cesárea.

7. Según folio de evolución de la historia clínica de Clínica la Estancia, correspondiente a Marlen Pino, el 4 de septiembre de 2009, 15:00 HS, se verifica:

"Plan: Cesárea... Hay 3 turnos antes que ella para cesárea + Pomeroy", firma: Dr. Javier Pérez Puerta.

8. Conforme a notas de enfermería de la Clínica la Estancia, del 4 de septiembre de 2009 a las 19:20, ingresa paciente Pino Carvajal Marlen, a admisión para *"cesárea + pomeroy"*, no obstante, la última mencionada, no se le realizó.

9. El 5 de septiembre de 2009, 11:30 se dio orden de salida a la paciente, quien abandona la Clínica *"con plena convicción que se le había realizado la cesárea + pomeroy, es decir que era infértil"*, continuando su vida sexual normal, sin tener ningún tipo de prevención para evitar un posible embarazo.

10. En febrero de 2010, Marlen Paola Pino, empezó a presentar problemas de salud, acudió al médico, quien le ordenó exámenes que confirmaron que estaba en embarazo.

11. La señora Marlen Paola Pino Carvajal, no deseaba tener más hijos, por la situación socio-económica, y, el entorno familiar en el que se encontraba, su segundo embarazo le causó varios meses de incapacidad, fue de alto riesgo y afectó su salud y el bienestar de su bebé y toda su familia.

12. La señora Marlen Pino pese a sus necesidades económicas, tuvo que renunciar a su trabajo pues no podía dejar dos bebés con su abuela materna, perdiendo la oportunidad de realizarse como profesional.

13. El señor José Luis Perlaza, también debió renunciar a su trabajo, debido que su esposa e hijos estaban en Popayán, los gastos se duplicaron, su

esposa no estaba trabajando, sus ingresos no alcanzaban y su matrimonio se estaba afectando.

14. Clínica la Estancia y Coomeva son responsables por los múltiples perjuicios causados a los demandantes, el Dr. Javier Pérez y el personal médico de Clínica la Estancia se encuentran comprometidos por no realizar la cirugía de infertilidad solicitada por la señora Marlen Pino, peor aún *"por hacerle creer que se le había realizado"*.

15. EL 14 de octubre de 2010, la señora Pino Carvajal, ingresó al Hospital Universitario San José de Popayán, donde le realizaron Cesárea + Pomeroy, para el nacimiento de su segundo hijo, que fue un bebe sano.

16. Miguel Ángel Perlaza Pino, llegó a la familia por un acto de negligencia médica, es un hijo que los señores Perlaza Pino, *"aman, adoran y protegen"*, sin embargo, su llegada inesperada cambió totalmente su vida pues han perdido oportunidades laborales, de bienestar, aumentando su zozobra y angustia para proveer el bienestar que tenían antes de su llegada.

RESPUESTA DE LAS DEMANDADAS

- **E.P.S. COOMEVA S.A.**² por intermedio de su apoderado, se opone a las pretensiones de la demanda, aceptando los hechos que tienen por sustento los registros civiles de nacimiento de los menores Perlaza Pino y lo que reposa en la historia clínica. Niega otros y señala sobre la mayoría que no le constan y que deben ser acreditados dentro del proceso.

Propone como excepciones de mérito: INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, argumentando que por su naturaleza jurídica y objeto social, su representada, no es quien ha cometido la presunta omisión, daño o culpa, porque su competencia se limita a la afiliación

² Ver folios 143 a 177 del cuaderno N°1.

de usuarios y administración de la prestación de los servicios de salud a través de las IPS contratadas, INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN CAUSA - EFECTO ENTRE LOS ACTOS DE CARÁCTER INSTITUCIONAL Y DEL EQUIPO MÉDICO DE CLÍNICA LA ESTANCIA Y EL RESULTADO ALEGADO, porque no existe título de imputación de la presunta falla del servicio que se endilga a la IPS, CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE LA EPS, por cuanto Coomeva EPS, cumplió con su afiliada y grupo familiar, al autorizar y prestar oportunamente los servicios solicitados a través de las IPS vinculadas, EXCLUSIÓN DE LA SOLIDARIDAD CONTRACTUAL ENTRE COOMEVA EPS Y CLINICA LA ESTANCIA, excepción contemplada en la cláusula novena del contrato suscrito entre Coomeva y clínica La Estancia, FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA, dado que Coomeva no intervino en la presunta producción del daño, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, pues se pretende una indemnización de un daño no padecido por los siete actores, siendo solo una la afiliada a la EPS, PRESCRIPCIÓN y la INNOMINADA.

- **CLÍNICA LA ESTANCIA S.A.**³, por conducto de su mandatario judicial se opone a la prosperidad de las pretensiones. Acepta como ciertos los hechos verificados en la historia clínica, afirma que otros son parcialmente ciertos y sobre la mayoría de ellos manifiesta que no le constan y que deben ser probados en el proceso.

Aclara, que no existió negligencia, impericia, imprudencia en la prestación del servicio de salud por parte de la Clínica La Estancia, dado que el equipo médico a su servicio actuó en todo momento con la diligencia, pericia, prudencia y siempre ateniéndose a la Lex Artis ad-hoc, contemplada para estas situaciones por la ciencia médica buscando brindar una atención adecuada a la señora Marlen Paola Pino Carvajal. Expresa que se infiere de la demanda, que se pretenden reclamar los perjuicios que surgen del

³ Ver folios 183 a 236 del cuaderno N° 1.

nacimiento del menor Miguel Ángel Perlaza Pino, lo cual es "*imposible*" dentro del ordenamiento jurídico colombiano, en este sentido, cita jurisprudencia de la Corte Constitucional, relativa a la dignidad humana y la protección de los derechos de los niños, también fallos en derecho comparado que, en su sentir, sustentan su posición.

Objeta la cuantía estimada por daños materiales, considerándola exagerada, injustificada, basada en especulaciones.

Como excepciones de fondo propone: FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA, porque la demanda no establece el tipo de responsabilidad civil que invoca, aspecto transcendental para delimitar la legitimación en la causa, si es la contractual, la única legitimada es la señora Marlen Pino, aclarando que, para los otros demandantes se debió solicitar la acción extracontractual, INEXISTENCIA DEL DAÑO RESARCIBLE dado que en atención al interés superior de los niños y el derecho a la dignidad humana no puede considerarse como un daño el nacimiento de un menor de edad, INEXISTENCIA DE PERJUICIOS puesto que carecen de respaldo probatorio, y la GENÉRICA.

- **JAVIER PÉREZ PUERTA** (ginecólogo), llamado en garantía por parte de la demandada **CLÍNICA LA ESTANCIA S.A.**, a través de su apoderada judicial, acepta los hechos que constan en la historia clínica, niega otros y frente a la mayoría de ellos dice no le constan y se atiene a lo probado en el proceso. Se manifiesta en contra de las pretensiones de la demanda, por considerarlas infundadas, al no existir causa, culpa o conducta ilícita, ni nexos causales, y se opone a la declaratoria de responsabilidad, exaltando que se prestó a la paciente la atención médica de urgencia, necesaria conforme a los síntomas que presentaba al ser valorada.

Indica que, según disposición legal, la obligación del médico es de medios no de resultados y que la atención por él brindada, es solo un eslabón dentro de la atención multidisciplinar recibida por la paciente.

Objeta la liquidación de perjuicios, por no existir daño. Agrega que los perjuicios no están discriminados ni probados, las sumas exigidas son desproporcionadas; vulnerando la cuantificación de los perjuicios morales, los "topes" establecidos por la Corte Suprema, además de presentarse en el escrito de demanda, *"subclasificaciones de perjuicios carentes de asidero en la jurisprudencia colombiana"*.

Como excepciones de fondo propone: AUSENCIA DEL DAÑO IMPUTABLE AL FACULTATIVO, CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES SEGÚN LA PATOLOGÍA DE LA PACIENTE, LÍMITE DE RESPONSABILIDAD DENTRO DEL PROCESO DE ATENCIÓN DEL PACIENTE INSTITUCIONAL, IMPOSIBILIDAD FÍSICA Y JURÍDICA DE ASEGURAR EL NO EMBARAZO, FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA Y LA INNOMINADA. Frente al llamamiento en garantía, formula la excepción de fondo de RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA IPS Y DE LA EPS.

- **LIBERTY SEGUROS S.A**, llamada en garantía por parte de la demandada **COOMEVA EPS**, a través de su mandatario judicial, afirma que no le constan los hechos de la demanda y se atiene a lo que resulte probado, rechaza todas las pretensiones contra su asegurada, señalando no se le puede endilgar responsabilidad, pues el supuesto daño pretendido, no pudo haber surgido de la relación jurídica entre Coomeva EPS y la demandante, quien además recibió la atención médica necesaria. Frente a los daños morales, expresa que quien los alegue, debe demostrarlos por los medios idóneos, sin que aquí estén probados. Objeta la cuantía, por incumplir lo previsto para el juramento estimatorio, y regulada en lo dispuesto para la época, en el artículo 10 de la Ley 1395/2010.

Formula las excepciones de fondo de: INEXISTENCIA TOTAL DEL ELEMENTO ESTRUCTURAL GENERADOR DENOMINADO NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA CONDUCTA DEL AGENTE Y EL RESULTADO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR LA NO CONCURRENCIA DEL ELEMENTO CULPA - LA OBLIGACIÓN DE LOS MÉDICOS ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO, PETICIÓN INDEBIDA, CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DEL MÉDICO CON EL CENTRO HOSPITALARIO, INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD.

Frente al llamamiento en garantía, plantea las excepciones de fondo: INEXISTENCIA DEL SINIESTRO, ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA, EXCLUSIÓN DE DAÑOS MORALES, LIMITE MAXIMO DE INDEMNIZACIÓN Y OTRAS. Así mismo indica que la póliza LB-206725 ofrece cobertura exclusiva de perjuicios patrimoniales y solicita tener en cuenta que las obligaciones de la aseguradora están sujetas a los límites y deducibles acordados.

LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS, como llamada en garantía por parte de la demandada **CLÍNICA LA ESTANCIA S.A.** a través de su apoderado judicial, contesta la demanda, expresando frente a los hechos, que no le constan y se atiene a lo que se demuestre en el proceso, rechaza todas las pretensiones contra su asegurada, por ser exorbitantes y carecer de fundamentos fácticos y jurídicos para prosperar, agrega que no puede admitirse se reclame como daño, el nacimiento de un hijo no previsto y destaca que deben probarse los requisitos de la responsabilidad civil, hecho, daño y nexo causal. Objeta la cuantía, ya que resulta exorbitante y carente de fundamento, al no acreditarse la responsabilidad endilgada a los demandados, ni los perjuicios sufridos.

Formula las siguientes excepciones: INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD Y DE LA OBLIGACIÓN DE LA ENTIDAD CONVOCANTE, CARENCIA DE PRUEBA DEL SUPUESTO PERJUICIO, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y LA INNOMINADA. En torno al llamamiento que se le hace, propone: INEXISTENCIA DE

COBERTURA DE LA PÓLIZA PORQUE NO SE REALIZÓ EL RIESGO ASEGURADO; RIESGO EXCLUIDO DE AMPARO; LÍMITE MÁXIMO DE RESPONSABILIDAD, CONDICIONES DEL SEGURO Y DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO; EXCLUSIONES DE AMPARO Y LAS GENÉRICAS.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia celebrada el 17 de mayo de 2018, la A Quo declaró probadas las excepciones de inexistencia de daño resarcible, inexistencia de perjuicios, inexistencia de la obligación, inexistencia del hecho dañoso, formuladas por los demandados Clínica la Estancia y Coomeva EPS y los llamados en garantía Dr. Javier Pérez Puerta, Liberty seguros S.A y la Previsora Compañía de Seguros S.A, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la parte vencida.

En su decisión, tras revisar la prueba documental señaló: Que en el plenario está acreditado que el Dr. Pérez, atendió a la paciente Marlen Paola Pino, como una urgencia ginecológica, debido a la patología que presentaba, embarazo de 41 semanas - desproporción feto pélvica más procúbito de cordón umbilical, practicando una cesárea oportuna y exitosa, siendo ese el procedimiento urgente a realizar, no así el Pomeroy; que no se engañó a la paciente haciéndole creer se le había realizado la citada ligadura de trompas, como lo aduce la actora, ya que no existe ninguna anotación en la historia clínica, ni en la epicrisis, que esta se le hubiera efectuado.

Resaltó que lo afirmado en el interrogatorio de parte por la demandante, acerca de la solicitud para la práctica del Pomeroy, se desvirtúa con lo consignado en el plenario, estableciendo que en realidad, esa petición, la hizo la señora Marlen Pino, en el instante que iba a *"tener su bebé"* y no de manera

previa y conjunta con su esposo. Paralelamente, destaca lo expuesto en el interrogatorio de parte por el Dr. Pérez, referente a que no se le puso en evidencia la nota de enfermería sobre el procedimiento quirúrgico -Pomeroy -, que atendió una urgencia y actuó conforme lo señala la lex artis para estos casos, centrando sus esfuerzos y los del equipo de salud, en preservar la vida de la madre y el bebé, desplazando procesos electivos que se pueden postergar.

Finalmente, concluyó que no está demostrada la configuración de un daño, por la parte demandante, sin que se entienda por daño el nacimiento de un bebé. Insiste, en que está acreditado que el Dr. Pérez Puerta y todo el equipo médico atendieron una urgencia, no una emergencia, siguiendo todos los protocolos médicos y conforme a la lex artis, obteniendo un resultado satisfactorio, para la madre y la bebé que nació en perfectas condiciones.

LA APELACIÓN

Los demandantes, a través de su mandataria judicial, mostraron su inconformidad con la decisión de primera instancia, instaurando recurso de apelación solicitando revocarla para en su lugar acceder a las pretensiones formuladas.

Como reparos concretos frente a la Sentencia de primera instancia, sustentados ante esta instancia, se tienen los siguientes:

Subrayan respecto al daño, que dentro del proceso se ha mal entendido este, no solo por las partes, sino también por la A Quo, pues este no se representa con el nacimiento del menor.

Adicionalmente, señalan que se equivoca la juzgadora de primera instancia, al concebir que el grupo médico de Clínica La Estancia actuó con diligencia. Insistieron en que, contrario a lo dicho por uno de los apoderados de los demandados, las notas de enfermería forman parte de la historia clínica, por tanto, deben tenerse en cuenta, recalcando que el médico tuvo conocimiento del procedimiento de Pomeroy, porque existe el consentimiento informado para dicha cirugía firmado por él, por ende, se omitió realizar la ligadura de trompas y no se informó a la paciente su no práctica, lo que configura el daño suplicado declarar.

Los no recurrentes intervinieron para solicitar la confirmación de la Sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A.- SANIDAD PROCESAL. En la actuación adelantada no se observa vicio o irregularidad que invalide lo actuado y que deba oficiosamente declararse.

B.- PRESUPUESTOS PROCESALES. Las exigencias necesarias para que se estructure la relación jurídico-procesal, se cumplen cabalmente y ello permite adoptar decisión de fondo.

Los demandantes son personas plenamente capaces, han otorgado poder a una profesional para el adecuado ejercicio del derecho de postulación, compareciendo los menores de edad a través de sus representantes legales, situación que igualmente se presenta en torno a la persona natural y las personas jurídicas demandadas. Igualmente, se cumple el requisito de demanda en forma, por cuanto el escrito que la contiene cumple con las exigencias básicas señaladas en el artículo 75 y siguientes del Código de

Procedimiento Civil, estatuto vigente para cuando se presentó y admitió la demanda⁴.

C.- LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. Tanto en activa como por pasiva se verifica la habilitación sustancial para ocupar los extremos de la Litis. En la responsabilidad civil, las víctimas, quienes alegan haber sufrido un daño cuyas consecuencias piden indemnizar, están legitimadas para instaurar la demanda y quienes son señalados como obligados a reparar, ocupan el otro extremo de la controversia.

PRECISIONES CONCEPTUALES Y NORMATIVAS EN TORNO A LA ACCIÓN INSTAURADA.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA:

La Jurisdicción Ordinaria ha determinado que la responsabilidad por la prestación de servicios médicos es de naturaleza tanto contractual como extracontractual, mientras la primera deviene de la obligación de reparar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de lo pactado en el contrato, la segunda tiene soporte en el principio de no causar daño a terceros, reglamentada en el artículo 2341 del Código Civil; en tal sentido, las Entidades Promotoras de Salud adquieren una obligación contractual frente a sus afiliados o usuarios, de conformidad con el artículo 183 de la Ley 100 de 1993, además de una responsabilidad extracontractual frente al daño sufrido por terceros con ocasión del agravio de los afiliados o usuarios⁵.

Es principio del sistema organizado, administrado y garantizado por las Entidades Promotoras de Salud

⁴ Auto del 15 de enero de 2013, visible a folio 86 del expediente, proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito quien, en virtud a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, remitió el expediente al Juzgado Sexto Civil del Circuito.

⁵CSJ. Sala de Casación Civil. M.P. William Namén Vargas, Sentencia del 17 de noviembre de 2011, Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01.

(EPS), la calidad en la prestación de los servicios de salud, la atención de las condiciones del paciente según las evidencias científicas, y la provisión "*de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada*" (artículo 153, 3.8, Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3 de la ley 1438 de 2011).

Si bien la prestación del servicio de salud es garantizada por las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.), ello no excluye la responsabilidad legal que les corresponde a quienes finalmente lo prestan directamente, bien sea las Instituciones Prestadoras de Salud (I.P.S.) o de los profesionales en las diferentes áreas de la salud. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y también de quienes, en últimas, brindan o atienden al paciente como son las Instituciones Prestadoras de Salud o las personas naturales profesionales de la medicina en sus diferentes campos; incluso, **se predica que son todas solidariamente responsables por el daño causado**, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas, sin que ello implique la necesidad de instaurar demanda en contra de todos los involucrados en la prestación del servicio de salud.

LAS OBLIGACIONES DE MEDIO Y LAS DE RESULTADO:

Para el caso que nos convoca es necesario también precisar los elementos que permiten diferenciar las obligaciones de medio de las de resultado, debido a los efectos que en el ámbito probatorio trae la declaración de una u otra responsabilidad.

En la teoría clásica el fundamento esencial que permite diferenciar las obligaciones de medio de las de resultado, luego de evaluar la voluntad de las

partes, radica en la aleatoriedad del resultado esperado; en efecto, en la responsabilidad de medio el contenido de la obligación lo constituye el azar, hecho que impide obtener certeza del resultado, atribuyendo la necesidad en el demandante de probar la culpa del médico al momento de ejecutar el procedimiento o intervención; por otro lado, en la de resultado la contingencia está presente en mínima proporción, lo cual permite derivar una presunción de culpa en la persona que se obliga, imponiendo únicamente al reclamante obligación de acreditar el daño y el nexo causal con la conducta imputada.

Para la Sala, tanto la responsabilidad contractual, como extracontractual por actos médicos, es en principio una responsabilidad de medios, dada la aleatoriedad de la actividad, debido a que los resultados de la intervención del personal médico son inciertos, pues el paciente puede o no aliviarse con el tratamiento adoptado, puede generarse daños colaterales ajenos a la voluntad del profesional y, en ocasiones, la causa del daño no es posible determinarla o, evitarla, por los rezagos de la ciencia; cabe resaltar que en ciertos eventos esta obligación se torna de resultado como por ejemplo, y en principio, en las cirugías estéticas, donde el reclamante sólo está obligado a acreditar el daño y el nexo causal del perjuicio con la actividad desarrollada por el médico, siendo improcedente para este último probar que actuó con diligencia y cuidado, toda vez que el único elemento eximente de responsabilidad es la causa extraña que se presenta a través de fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima.

Se sabe también que la jurisprudencia y la doctrina han caracterizado un nuevo título de imputación denominado **culpa virtual**, siendo carga del demandante *"establecer una serie de hechos y circunstancias que rodearon la producción del daño, para llevarle al juez*

la íntima convicción de que el demandado actuó culposamente así no se pueda establecer en forma totalmente clara ese comportamiento”⁶. Al respecto la Corte Suprema ha precisado que:

“...Dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprosales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 del C. de P.C.); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio res ipsa loquitur (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una “culpa virtual” o un “resultado desproporcionado”⁷.

Se precisa además que con el objeto de determinar los requisitos que rigen la responsabilidad civil en la medicina, la Corte Suprema de Justicia ha señalado como característica especial que, además de los presupuestos generales de la responsabilidad civil, deben tenerse en cuenta los parámetros de la **lex artis** que la regula, de tal manera que la calificación del actuar médico se establece frente a los deberes que le impone el ejercicio de la profesión. Frente al tópico indica:

“A las pautas generales de la responsabilidad civil, y a las singulares de la profesional, aúnanse las reglas, normas, o directrices específicas reguladoras del arte, ciencia o

⁶ Tamayo Jaramillo, Javier, Sobre la Prueba de la Culpa Médica en Derecho Civil y Administrativo, Medellín Colombia. 2013. Biblioteca Jurídica Diké. 67 p. ISBN: 978-958-9421-27-7.

⁷C.S.J. Sala de Casación Civil, MP: Pedro Octavio Munar Cadena. Sentencia del 22 de julio de 2010 Ref. 41001-3103-004-2000-0042-01.

profesión con los cánones o principios científicos o técnicos de su ejercicio (Lex artis), según criterios o procedimientos usuales en cierto tiempo y lugar, el conocimiento, avance, progreso, desarrollo y estado actual (Lex artis ad hoc)”⁸.

Posteriormente, la Corte agregó otro elemento para efectos de establecer la responsabilidad médica, consistente en demostrar no sólo la culpa del personal médico al momento de realizar la intervención en el paciente, sino además establecer que ésta fue determinante del daño causado⁹.

EL CONSENTIMIENTO LIBRE/INFORMADO/ADECUACIÓN Y SUFICIENCIA/MATERIALIZACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES/DIGNIDAD HUMANA, LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, LA LIBERTAD INDIVIDUAL:

La primera consagración normativa sobre el consentimiento informado se encuentra en el artículo 15 de la ley 23 de 1981 que reza: “*el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente*”. Posteriormente la Resolución 1995 del 1999, en su artículo 11, aclaró que las autorizaciones de procedimientos deben constar por escrito y conservarse como un anexo obligado de la historia clínica.

La jurisprudencia constitucional indica que “*El consentimiento informado hace parte del derecho a recibir información y del derecho a la autonomía que*

⁸C.S.J. Sala de Casación Civil, MP. William Namén Vargas. Sentencia del 17 de noviembre de 2011, Ref. 11001-3103-018-1999-00533-01.

⁹ C.S.J. Sala de Casación Civil. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Sentencia del 30 de noviembre de 2011. Ref.: 76001-3103-002-1999-01502-01.

se encuentran reconocidos por la Constitución en los artículos 16 y 20 ... además materializa otros principios constitucionales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad individual (mandato pro libertate), el pluralismo y constituye un elemento determinante para la protección de los derechos a la salud y a la integridad de la persona humana".

En cuanto a sus requisitos expresó: "el consentimiento informado debe satisfacer, cuando menos, dos características: **(i)** debe ser **libre**, en la medida que el sujeto debe decidir sobre la intervención sanitaria sin coacciones ni engaños; además, **(ii)** debe ser **informado**, pues debe fundarse en un **conocimiento adecuado y suficiente** para que el paciente pueda comprender las implicaciones de la intervención terapéutica". Además, "en el ámbito de las intervenciones médicas no se refiere a la mera aceptación por parte de un paciente a una intervención o tratamiento sanitario sino se trata de un proceso de comunicación entre el paciente y el profesional de la salud... Así, el consentimiento informado debe garantizar una decisión voluntaria y suficientemente informada, lo cual protege el derecho del paciente a participar en las decisiones médicas, y a su vez impone obligaciones en los prestadores del servicio de salud"¹⁰

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia señaló: "adviértase la medular trascendencia del consentimiento informado, obligación legal del profesional de la salud, cuya omisión ... vulnera los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, igualdad y libertad, ..."¹¹.

¹⁰ Corte Constitucional MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia del 13 de abril de 2016. Exp. D-11007

¹¹ CSJ Sala de Casación Civil. MP. William Namén Vargas. Sentencia del 17 de noviembre de 2011. Rad. 11001-3103-018-1999-00533-01.

EMBARAZOS NO DESEADOS/ MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS INEFICACES/ OMISIONES MÉDICAS/ DAÑO RESARCIBLE EN LOS EVENTOS DE CONCEPCIÓN/ LESIÓN DE LA LIBERTAD DE PROCREAR COMO MANIFESTACIÓN DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD/DERECHO COMPARADO/JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Escasa es la jurisprudencia colombiana relacionada con controversias en materia de responsabilidad médica ante el nacimiento de un hijo no deseado y/o métodos anticonceptivos fallidos; por el contrario, estos conflictos han tenido mayor auge y desarrollo jurisprudencial en el derecho comparado; al respecto las principales fuentes provienen de países como Estados Unidos, Holanda, Alemania y España. Conforme a los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales de los países citados se han establecido tres grandes posturas en la solución de casos concretos, que son traídas a colación en Sentencia del año 2016 (Exp. 41262) proferida por el Consejo de Estado¹²:

1. Tesis restrictiva: Desarrollada especialmente en Estados Unidos, esta teoría cierra la puerta a una posible reclamación en la que se alegue el nacimiento de un hijo como un daño. En el caso *Szekeres vs. Robinson* (1986), la Corte Suprema de Nevada resolvió que *"el nacimiento de un niño saludable pero no querido era un evento que, por sí mismo, no es una consecuencia legalmente indemnizable incluso si es parcialmente atribuible a la negligencia de alguien en condiciones de ser capaz de evitar la eventualidad del nacimiento del niño... uno no puede reclamar como daño por tal evento, porque el elemento... llamado daño, concretamente no está presente aquí"*.

2. Tesis moderada o de la separación: Estructurada desde la doctrina y la jurisprudencia Alemana, para efectos de sostener que, desde un punto de vista teórico, es posible diferenciar entre la vida o el

¹² CE. Sala de lo contencioso Administrativo Sección 3ª. MP. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 5 de diciembre de 2016. Radicado 41262

nacimiento del niño y los gastos que genera su manutención, con lo cual el daño indemnizable en estos eventos no son los primeros, sino el último, posición que intenta alejar el asunto de un contexto moral, para incluirlo en uno eminentemente patrimonial.

Empero, este razonamiento, ha tenido críticos en la doctrina alemana, al considerar que esa concepción reduce al niño al nivel de un mero objeto y lo instrumentaliza al tratar de cubrir sus gastos de manutención mediante una acción judicial, cuando al mismo tiempo sus padres lo cuidan y aceptan como un miembro más de la familia.

3. Tesis amplia: Propuesta por el Tribunal Supremo Español, estructurada desde el punto de vista de los derechos fundamentales, según la cual **el daño resarcible en los eventos de concepción no deseada, no es otro que la lesión de la libertad de procrear como manifestación del libre desarrollo de la personalidad** previsto en la Constitución Española. Así lo hizo, por ejemplo, al resolver el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, en el litigio promovido por una ciudadana a quien se le implantó un dispositivo intrauterino (DIU) que resultó defectuoso e inadecuado para el uso al que estaba destinado (la anticoncepción), pues finalmente concibió mientras usaba el referido método. Lo anterior conlleva a que únicamente se puede concebir la posibilidad de una indemnización en esta clase de asuntos cuando existe una trasgresión al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la autodeterminación de los padres en su deseo de no procrear, sin generar una vulneración al menor.

A continuación, la Sala pasa a realizar una breve referencia de casos resueltos en derecho comparado que desarrollan algunas de las tesis citadas/ **REFERENCIA A CASOS DESARROLLADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO HOLANDÉS,**

LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA Y LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DE BUENOS AIRES - ARGENTINA:

-El 21 de febrero de 1997, el Tribunal Supremo Holandés decide por primera vez, sobre el resarcimiento de daños por el nacimiento de un hijo no deseado; en el asunto, los padres del niño reclaman la compensación de los gastos del sostenimiento y educación del menor hasta los dieciocho años de edad, una retribución a la madre y una indemnización por el daño inmaterial que ésta había sufrido. El alto tribunal, otorga lo reclamado por la parte demandante, basándose en que *"el contrato por el cual un médico se compromete a un tratamiento para evitar el embarazo es un contrato válido y ello lleva consigo que un médico que incumple (o cumple de modo negligente), es responsable de los daños patrimoniales que de ello se deriven dentro de los límites de la causalidad."*¹³ Destacó en su pronunciamiento *"que el resarcimiento por el mantenimiento y la educación de un niño sólo es posible cuando la planificación familiar tenía como causa motivos económicos"*¹⁴

-En el 2014, la Audiencia Provincial de Barcelona, al decidir la apelación interpuesta en un asunto donde se demandó por el nacimiento de un niño posterior a la realización de una vasectomía, revoca la decisión y condena a los demandados por los perjuicios probados, concede además la pretensión de contribución a la crianza del menor, adoptando la distinción de la doctrina alemana de la separación, que diferencia el daño objeto de reclamación y la vida del hijo, manifestando que: *"El perjuicio no es el nacimiento en sí, sino las dificultades económicas de la familia ligadas a ese nacimiento y concretadas en los gastos de mantenimiento y educación"*¹⁵.

¹³ Citado en: ROCA FERNÁNDEZ María José. ¿Resarcimiento de daños por el hijo nacido tras una esterilización? Cuadernos de bioética 1998/2 pg. 380. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/1998/2/34/379.pdf>

¹⁴ Ibid., pg. 381.

¹⁵ Audiencia Provincial de Barcelona. Sala Civil. Sentencia 440 del 25 de septiembre de 2014. Disponible en:

-En la jurisprudencia argentina, se encuentra un caso donde se demanda por mala praxis médica e incumplimiento del deber de información, los actores señalan que solicitaron la realización de la ligadura de trompas, y, cesárea - programada para el nacimiento de su tercer hijo, sin embargo, tres meses más tarde sobrevino un nuevo embarazo, indican que no se les informó sobre el riesgo de falla del procedimiento y dudan que este fuese practicado. La Cámara Nacional de Apelaciones de Buenos Aires, al resolver el asunto, efectúa un estudio de derecho comparado y expresa:

"Para que el deber de responder por parte del médico pueda configurarse, el paciente tiene la carga de acreditar que el daño cuya reparación se reclama es consecuencia de un comportamiento culposo -por acción u omisión- atribuible a la mala praxis profesional. (...) Podría ocurrir que el reproche formulado contra el profesional no radique en el deficiente cumplimiento de la prestación, sino que se alegue directamente que no ejecutó el acto prometido. En esas circunstancias no sería apropiado acudir a la calificación de la obligación asumida como "de medios" o de "resultado" sino que bastará con que el paciente demuestre que el opus prometido no se realizó para que se desplace sobre el médico la carga de demostrar las razones que justificaron la omisión"

(...)

*"Sería un contrasentido que el ordenamiento legal tutele especialmente la vida y la erija al propio tiempo en fuente de un menoscabo. Pienso, en cambio, que en el caso, **el daño inferido a la madre está constituido por la violación de su derecho a la autonomía personal y a la libertad de***

autodeterminación, causados por la falta de suficiente información. Sólo en esa medida queda comprometida la responsabilidad profesional, ya sea que se considere que tuvo incidencia sobre el consentimiento prestado o bien que impidió a la actora adoptar los recaudos indispensables para planificar su descendencia.”¹⁶ (Negrillas fuera de texto).

JURISPRUDENCIA NACIONAL/ CASOS RELACIONADOS:

-En el 2016 la Sección Tercera del Consejo de Estado, resuelve el recurso de apelación impetrado contra la decisión de primera instancia, en el caso de una usuaria que asistía voluntariamente a un programa de planificación familiar en la ESE a la cual estaba afiliada, y en razón al cual, le inyectaban mensualmente el anticonceptivo denominado "Nofertyl". No obstante, pese a su decisión de no tener más descendencia, por su situación económica y tener 4 hijos, nuevamente queda embarazada, motivo por el que demanda a la ESE, argumentando que el medicamento suministrado estaba adulterado y que no se informó el margen de error del mismo, solicitando indemnización por daño moral, daño a la vida de relación y gastos de crianza y educación del menor. En primera instancia las pretensiones fueron negadas, sustentando que la actora no demostró una falla que permitiera imputar responsabilidad.

Para resolver la apelación, la Sala inicia su análisis, mencionando el reconocimiento internacional realizado por la Asamblea General de Naciones Unidas frente al derecho a la salud reproductiva, el cual, conlleva a la decisión libre sobre la procreación y la posibilidad de determinar el número de hijos a tener;

¹⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Buenos Aires. Sentencia del 19 de diciembre de 2017. Exp. 30470/2013. Disponible en: <http://maestrosdelderecho.com.ar/jurisprudencia-mala-praxis-medica-indemnizaciones-embarazo-posterior-a-ligadura-y-seccion-de-las-trompas-de-falopio-sala-g-de-la-camara-nacional-de-apelaciones-en-lo-civil/>

señala que la Constitución Política Colombiana reconoce la libertad reproductiva en su artículo 42, la que ha sido interpretada por la Corte Constitucional como inherente al derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁷.

Con relación al daño ocasionado precisa: ***"En los casos de anticoncepción fallida, como el presente, el fundamento de las pretensiones resarcitorias se sostiene en la concepción no deseada como daño y se dirige a la reparación de sus consecuencias lesivas, materiales e inmateriales... desde el punto de vista del derecho de daños... tiene que ver con la existencia de la garantía a la libertad de decidir si se procrea o no y en qué medida"***. (Negrillas fuera de texto).

Expresa que la vulneración a la libertad reproductiva, garantía fundamental que forma parte del libre desarrollo de la personalidad, puede generar un daño antijurídico y que esta garantía se lesiona "cuando un tercero interviene ilegítimamente en la decisión positiva o negativa respecto de la procreación, a través de cualquier conducta activa u omisiva que impida su pleno ejercicio". Determina la Sala que "el daño surge como consecuencia de la afectación de un querer legítimo individual, que modifica un proyecto de vida o lesiona la libre decisión en la conformación de la familia, situación fáctica que no es susceptible de ser juzgada desde la óptica moral de un tercero, normalmente ajeno a las consideraciones personales del afectado".

Sin embargo, aclara: "Ese daño, como cualquier otro, debe ser cierto, determinado o determinable y aparecer demostrado, carga que le corresponde a quien lo padece y sin que para ello baste la afirmación a posteriori de sentirse lesionado por el hecho de la concepción"

¹⁷ CE. Sala de lo contencioso Administrativo Sección 3ª. MP. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 5 de diciembre de 2016. Radicado 41262

por tanto, se debe acreditar la certeza del daño, demostrando *"la existencia de una decisión libre, personal y definitiva previa, como un proyecto de vida personal o familiar, según el caso, y como reflejo de una posición consciente e informada"*.

Considera, además que la infracción a la libertad reproductiva y sus perjuicios en el plano personal no pueden, en ningún caso, afectar la dignidad del hijo nacido o por nacer, y separándose de la tesis desarrollada por la jurisprudencia Alemana, que distingue el nacimiento del menor de los gastos que ello conlleva; afirma que el verdadero daño a reparar es la violación del derecho a la decisión libre de procrear o no y sus efectos en el plano personal del titular de esa garantía.

Bajo estas premisas, revoca la decisión de primera instancia y condena a la ESE por la violación al derecho a la libertad reproductiva de la actora, reconociendo sólo la indemnización del daño moral a la madre, por valor de 50 SMLMV, indicando que aunque no se aportó evidencia de la afectación moral que la situación generó en la actora, esta lesión puede inferirse, de la misma forma que la jurisprudencia de la Sección ha admitido en forma excepcional la presunción de la afectación inmaterial en los casos de muerte, lesiones y privación injusta de la libertad.

Niega el reconocimiento del daño a la salud, porque considera que es suficiente la indemnización del daño a la libertad reproductiva hecha bajo la categoría de daño moral, así como los daños materiales solicitados, explicando que la posibilidad de concebir no ha logrado ser limitada totalmente por ningún método anticonceptivo, por tanto no es posible asignar una obligación de resultado al prestador del servicio médico, además en el ordenamiento jurídico interno e internacional, la manutención de los hijos corresponde a sus progenitores, recalcando sobre el particular:

"El hecho consistente en ... planificar la familia a través de determinado método científico, no puede servir de fundamento para trasladar a un tercero las obligaciones familiares".

-La segunda decisión, emitida en el año 2019, atañe a un caso donde la actora, madre de 3 hijos, a pesar de haberse sometido a la cirugía de Pomeroy, queda en embarazo de nuevo y al realizarle la cesárea el feto se encuentra muerto.

Para decidir el caso, el Juez de primera instancia, analiza la responsabilidad médica en los casos de anticoncepción fallida, hace referencia a la sentencia antes relacionada, revisa las pruebas obrantes y al no encontrar acreditados los elementos de la responsabilidad médica, desestima las pretensiones de la demanda. EL A Quo manifiesta: *"Esta judicatura descarta la falla en el servicio por parte del ISS, relacionada con el procedimiento de ligadura de trompas o pomeroy realizado... al no encontrar acreditado un error en dicho método de planificación, un error en la praxis quirúrgica o la falta de información"*¹⁸.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Por la naturaleza de las funciones que aquí nos compete desarrollar, acorde con la demanda, lo resuelto por la juzgadora de primer grado, y especialmente, actuando en consonancia con los motivos del recurso de apelación formulado, en esencia, la Sala resolverá el siguiente interrogante:

¿Debe revocarse la Sentencia de primer grado y en su lugar declarar responsables a los demandados por vulnerar garantías fundamentales del señor JOSE LUIS PERLAZA LÓPEZ, y, la señora MARLEN PINO

¹⁸ Sentencia del 23 de septiembre de 2019. Radicado 2002 00118 00.

CARVAJAL, al omitir realizar la cirugía de Pomeroy, por ella consentida?

A dicho interrogante se responde en forma afirmativa, por cuanto los demandantes demostraron la conducta omisiva en la que incurrió la parte demandada, dentro de la atención realizada por el personal médico de Clínica La Estancia - IPS de la red contratada por Coomeva EPS; a la demandante, MARLEN PAOLA PINO CARVAJAL; **al no practicarle la oclusión tubárica por ella consentida**, lo que generó un nuevo embarazo y el nacimiento de un hijo no deseado, trasgrediendo con ello, los derechos fundamentales de la pareja Perlaza Pino, en cuanto a su autodeterminación reproductiva y su dignidad humana.

A esta decisión se llega con apoyo en las consideraciones normativas y jurisprudenciales antes señaladas y acorde a las siguientes consideraciones:

CASO CONCRETO: Por efectos metodológicos, la Sala presenta divididos los argumentos que responden a los problemas jurídicos planteados, de la siguiente manera:

DELIMITACIÓN FRENTE A LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE UN DAÑO O PERJUICIO INDEMNIZABLE/ACCIONES "WRONGFUL CONCEPTION" /APLICACIÓN DE LA TESIS AMPLIA O TEORÍA DE LA AUTODETERMINACIÓN/LO PROBADO DENTRO DEL PROCESO.

- Los demandantes afirmaron en el libelo que las demandadas eran responsables del daño que dicen haber sufrido y en consecuencia reclamaron las indemnizaciones correspondientes.

-En efecto, a la Entidad Promotora de Salud Coomeva S.A. y Clínica La Estancia S.A., atribuyeron negligencia médica al **no practicar la cirugía de ligadura de trompas o Pomeroy**, en forma paralela, al proceso de atención del parto por cesárea, realizado a

la señora Marlen Paola Pino Carvajal, aseverando además que *"se hizo creer a la paciente, que sí se había efectuado"*, quien plenamente convencida de su realización, no tomó ningún tipo de prevención y continuó con su vida sexual habitual, quedando nuevamente en embarazo.

- Como consecuencia de tal omisión, la víctima directa apunta haber sufrido afectaciones a su salud pues al saber de su segundo embarazo *"entró en estado de shock"* y estuvo incapacitada varios meses *"por ser embarazo de alto riesgo"*, además de afectar el bienestar de su hija, esposo y toda su familia. Igualmente asevera sufrir consecuencias laborales, ya que ella y su compañero debieron renunciar al trabajo y han perdido oportunidades de realizarse profesionalmente.

- En orden a lo anterior, y, conforme a lo dispuesto en el artículo 281 del Código General del Proceso; con el fin de salvaguardar el principio de congruencia, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración justicia y la solución real de los conflictos, la Sala considera pertinente clarificar que la hermenéutica o entendimiento objetivo de la demanda, obliga interpretar, que frente a la señora Marlen Paola Pino Carvajal se predica una responsabilidad contractual¹⁹, y, frente a los restantes demandantes, una extracontractual, ello, en aras de decidir el asunto y como lo ha dicho la Corte, *"desentrañar el verdadero y más equitativo sentido de la demanda"*. (STC6507-2017).

-Puestas, así las cosas, se resalta que el nacimiento no deseado del hijo de la pareja Perlaza Pino,

¹⁹ A folio 114, certificado expedido por la Dirección Nacional de Operaciones de Coomeva EPS, en la cual se informa que la señora Marlen Paola Pino Carvajal, estuvo vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Régimen Contributivo por intermedio de Coomeva EPS S.A. desde el 2003-03-08 hasta el 2013-01-21. Igualmente se certifica (Folio 115) que el señor Jose Luis Pelaza estuvo afiliado a esa EPS en calidad de beneficiario (cónyuge o compañero permanente) desde el 2009-05-22, hasta el 2013-01-21.

constituye el presupuesto fáctico que marca el punto de partida en este asunto y por ende ubica a la Sala en el terreno de determinar el daño - *"entendido como la afectación cierta, concreta, determinada o determinable de una situación jurídica protegida"*²⁰ y si existiendo este, tiene además, el carácter de resarcible.

-Tal como se planteará en adelante, no es pacífica la determinación de un daño antijurídico en casos como el presente, y, es de importancia superlativa, definir si este se erige por el nacimiento de un nuevo ser humano y/o por las consecuencias lesivas que ese hecho (nacimiento no deseado) puede producir en las garantías fundamentales de los padres, específicamente, en la de decidir en materia reproductiva.

-La demanda así presentada no es de poca monta, así y pese a que la parte demandante no esforzó argumento alguno en este sentido, es un caso con muy escasa referencia en la jurisprudencia nacional y de mayor desarrollo en derecho comparado en el que estos supuestos se conocen con el nombre de **"wrongful conception"** - concepción no querida o anticoncepción fallida - (En ellos se agrupan los referidos a: *"(1) Operaciones de esterilización (vasectomías o ligaduras de trompas) negligentemente practicadas o practicadas de modo correcto, en las que se omite la oportuna información relativa a sus consecuencias. 2) Colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo intrauterino (DIU), o puesta en circulación o comercialización de un mecanismo anticonceptivo ineficaz, que no impide el embarazo"*)²¹.

²⁰CE. Sala de lo contencioso Administrativo Sección 3ª. MP. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 5 de diciembre de 2016. Radicado 41262

²¹ www.InDret.co 03/2001, escrito por Miquel Martín Casals y Josep Solé Feliu, Facultad de Derecho, Universidad de Girona.

-En ese hilo conductor, la Sala concentrará su estudio en la esfera del nacimiento de un hijo sano, pero no deseado. Pese a que esta temática guarda estrecha relación con otros supuestos, denominados - en derecho comparado - como "**wrongful birth**" y "**wrongful life**"²²; aquí no se está ante el supuesto - por citar algunos, de práctica negligente de la interrupción del embarazo (v.g. para relaciones sexuales no consentidas), o, del nacimiento de un hijo con malformaciones no causadas por negligencia médica pero dejadas de informar en forma oportuna a la madre (v.g. casos en que los padres, que se someten a un diagnóstico bien preconceptivo, prenatal, preimplantatorio, reciben un "*falso negativo*" relacionado con su descendencia futura. "*Falso negativo*" que debe haber sido provocado por el actuar negligente del responsable de la prestación del servicio médico asistencial que corresponda. Se plantea, que dicha alteración de la realidad ocasionada por la información tergiversada suministrada al paciente impide adoptar una decisión consciente, bien sea esta, positiva o negativa, en relación con la concepción, el traspaso al útero del embrión *in vitro* o del nacimiento propiamente dicho, para que sea la madre quien decida si quiere llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo)²³.

-Realizada esa delimitación, es necesario auscultar como ya se explicó, si la existencia del nacimiento no deseado, que, a decir de los demandantes, generó cargas, tensiones, dificultades o problemas que se hubiesen evitado con el actuar diligente de las

²² Cuando la acción la ejercita la madre se habla de *wrongful birth*. Si, por el contrario, la acción la ejercita el propio hijo (o los padres en su nombre), se habla de *wrongful life*, y la reclamación se basa en el hecho de que, si el médico hubiese informado a los padres de manera oportuna, tal vez él no habría nacido ni experimentaría entonces el daño moral causado por el sufrimiento de verse en la situación que se encuentra ..." www.InDret.co 03/2001, escrito por Miquel Martín Casals y Josep Solé Feliu, Facultad de Derecho, Universidad de Girona.

²³ Casos citados en Tesis doctoral Responsabilidad patrimonial por "*wrongful conception*", "*wrongful birth*" y "*wrongful life*", Johan Ricardo Miranda Acuña, Universidad Complutense de Madrid, 2018.

demandadas, es el suceso que debe entenderse como daño.

- Y es que tal como lo ha referido la jurisprudencia, *"el estudio del daño ha adquirido una importancia cada vez mayor en los últimos tiempos, al punto que para muchos autores el análisis de ese elemento constituye en la actualidad el tema central de la responsabilidad civil, pues ya no se lo examina como un simple asunto accesorio al factor de imputación, sino que se le concede todo el protagonismo que le otorgan una sociedad y una cultura jurídica interesadas en la reparación del derecho o bien vulnerado, en el reconocimiento del valor de la persona humana, en la reivindicación del nombre de las víctimas y en la obtención de su perdón por haber resultado agredida su dignidad"*, exaltando que, la doctrina de la Corte, ha venido afirmando: *"Dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria..."*²⁴.

- Lo anterior, supone para la Sala, en principio, enormes dificultades que pueden encontrar diversos obstáculos en su determinación, bien porque no pueda entenderse la vida o el nacimiento - y la vida sana - (En derecho comparado *"la doctrina de la bendición"*) como causante de un daño, o, porque al tener esta una relación de conexidad (causa - efecto) con los perjuicios que alegan los demandantes, terminen por obligar la exclusión de lo demandado, como un daño con la connotación de ser indemnizable.

²⁴ SC10297-2014

-Todo ello implicaría además abordar si, con una posición que sitúe el nacimiento como daño, se relativiza el contenido de este derecho, su posición privilegiada en nuestro ordenamiento, o si ello atenta contra otros bienes también inherentes y fundamentales de su titular, como su propia dignidad humana, lo que valga anotar, para algunos, tendría hondas repercusiones en la concepción moral o valores sociales (v.g. concebir la vida como un "*milagro divino*" que no permite efectuar sobre ella juicios de valor), y redundaría en una discusión sobre aspectos moralistas y deontológicos que estarían en pugna frente a aquéllas corrientes que consideren la vida con un bien jurídico que permite ser relativizado en ciertas circunstancias y por excepción (v.g casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento legítimo de un deber, entre otros)²⁵, razón por la cual, pueda ser modulado y ponderado frente a otros, que se encuentren en conflicto.

-No obstante, tal como se explicó *in extenso* en apartes anteriores, existen diversas teorías desarrolladas a nivel de derecho comparado, al resolver asuntos "*wrongful conception*", de las que se resalta, la denominada teoría de la separación (*Teoría alemana de la "Trennungslehre"*), en razón a la cual, sería posible entender que, de existir un menoscabo real para todos o algunos de los demandantes, este no se debe identificar per sé en el nacimiento del hijo no deseado, sino en los perjuicios que eventualmente y en razón a ese nacimiento se hubiesen podido causar (*causa próxima*)²⁶, esto es, en las consecuencias generadas a raíz de dicho suceso, en otras palabras, optar por la separación entre el daño o los daños

²⁵ Algunos ejemplos y argumentación planteada en Tesis doctoral Responsabilidad patrimonial por "*wrongful conception*", "*wrongful birth*" y "*wrongful life*", Johan Ricardo Miranda Acuña, Universidad Complutense de Madrid, 2018.

²⁶ Tesis doctoral Responsabilidad patrimonial por "*wrongful conception*", "*wrongful birth*" y "*wrongful life*", Johan Ricardo Miranda Acuña, Universidad Complutense de Madrid, 2018.

reclamados por los demandantes, y, el nacimiento no deseado de su hijo.

-Sin embargo, se considera más plausible, identificar la existencia de un daño antijurídico - directamente - en la lesión de intereses que resulten protegidos por nuestro ordenamiento patrio (transgresión de los derechos de los padres a la libertad de procrear, como manifestación del libre desarrollo de su personalidad, autodeterminación reproductiva y libertad sexual); posición que, para la Sala, tiene la particular ventaja de sortear de la mejor manera el obstáculo que supone la relación intrínseca que en este caso existe, con el hecho del nacimiento²⁷ - **tesis amplia o teoría de la autodeterminación**²⁸.

-Anclados a este punto, podremos concluir si un tercero v.g. médico, personal de salud, y/o entidad de salud, intervino con su acción u omisión, de manera ilegítima en la decisión: previa, y, negativa, adoptada por los padres, respecto a la procreación; aspecto que indudablemente y de resultar cierto, refulge o irradia efectos en sus garantías fundamentales.

²⁷ "Véanse las interesantes consideraciones de la STS, Sala Tercera, de 3 de octubre de 2000, 7033/2000. En la misma línea. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, Sala de lo Contencioso, de 6 de junio de 2001, recurso No. 91/2000; STS, Sala Primera, de 21 de diciembre de 2005, 10149/2005; STS, Sala Primera, de 18 de mayo de 2006, 4724/2006. Entre muchas otras. De igual manera, en la jurisprudencia menor. Ver. Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, Sección Primera, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de mayo de 2003, recurso No. 902/2000; Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de marzo de 2004, 405/2004. En el ámbito doctrinal. Ver. MARTIN-CASALS, Miquel; SOLÉ FELIU, Josep, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2006", op.cit. p. 533; ROMERO COLOMA, Aurelia, "Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica)", op.cit. p. 2597. Parece coincidir en estos mismos criterios. MARTINEZ-CALCERRADA GOMEZ, Luis, op.cit. pp. 252 y 262-263". Citas realizadas en: www.InDret.co 03/2001, escrito por Miquel Martín Casals y Josep Solé Feliu, Facultad de Derecho, Universidad de Girona

²⁸ CE. Sala de lo contencioso Administrativo Sección 3ª. MP. Ramiro Pazos Guerrero.

-Hechas estas consideraciones, la Sala asume la tarea de verificar los hechos probados, a partir de la prueba obrante en el infolio:

-La prueba documental referida a la historia clínica, permite dar por probado, que la señora Marlen Pino, encontrándose en estado de gestación, acudió al servicio de urgencias de Clínica La Estancia el 3 de septiembre de 2009 (22:06), consultando por "*dolor bajito y otros síntomas*", fue valorada por el doctor Javier Pérez Puerta, quien solicitó monitoria fetal y tras leer su resultado, registró como diagnóstico, embarazo prolongado 41ss y ordenó nueva valoración a las 6 a.m.²⁹.

- El 04 de septiembre de 2009, reingresó al servicio de urgencias (04:30 a.m.)³⁰, la revisó de nuevo el doctor Pérez (6:00 a.m.), definiendo como plan: Iniciar maduración de cervix, nueva monitoria fetal y suspender vía oral, según consta en hoja de evolución³¹ y órdenes médicas³²; se indica Cytotec, fármaco utilizado para inducir el parto, sin embargo, en control posterior (15:00), el ginecólogo registró los hallazgos: "*cervix posterior blando, D=2, B:50%, AP:-3 flotante grande*" y cambió el dx: inducción de parto, por "*plan cesárea*"³³, a las 15:15 p.m. se diligenció consentimiento informado para ese procedimiento.

-A su vez, las notas de enfermería³⁴ evidencian: (19:20) ingreso de la paciente a admisión para "*cesárea + pomeroy*", (19:25), ingreso de la paciente a sala de cirugía para "*cesárea*", (19:45) inicia el

²⁹ Folio 16 del cuaderno N°1.

³⁰ Folio 16 reverso del cuaderno No. 1.

³¹ Folio 22 del cuaderno N°1

³² Folio 24 del cuaderno N°1

³³ Folio 22 del cuaderno N°1.

³⁴ Folio 28 del cuaderno N°1.

procedimiento, que se realiza sin complicaciones, según nota operatoria³⁵. Posteriormente, en el folio 22 de la evolución consta, valoración de la paciente en hospitalización, con diagnóstico de cesárea, valoración del recién nacido y la orden de salida el 5 de septiembre de 2009 (11:30), firmada por el médico Hugo Ortiz y el ginecólogo Rodolfo Casas.

-Obran además en la historia clínica, la epicrisis³⁶, documento contentivo del procedimiento realizado "cesárea" y las indicaciones a seguir, entre ellas control por ginecología, también los consentimientos informados para los procedimientos: Inducción de parto, cesárea (realizado a las 15:15), anestesia **y ligadura de trompas (no registra hora de diligenciamiento)**,³⁷ suscritos por los profesionales intervinientes y la paciente Marlen Paola Pino, cabe resaltar que de dichos documentos, el señor José Luis Perlaza, sólo suscribió como testigo el consentimiento para la inducción del parto y que el consentimiento para ligadura de trompas, está diligenciado con una letra que al cotejarse, es diferente al del profesional que lo avala.

-De igual manera, la historia clínica, da cuenta que la paciente asistió a control posparto realizado en la Coomeva IPS, el 8 y 9 de septiembre de 2009, en el que refiere al médico que atiende la consulta, que se le practicó una cesárea **más Pomeroy**³⁸.

-De otra parte, los interrogatorios realizados a los demandantes muestran imprecisiones respecto a las circunstancias en que se suscribieron los citados consentimientos informados, en especial el relativo a la ligadura de trompas. La señora Marlen Pino, afirmó

³⁵ Folio 21 del cuaderno N°1.

³⁶ Folio 15 del cuaderno N°1.

³⁷ Folios 17,18,19 y 20 del cuaderno N°1.

³⁸ Folios 76 y 77 del cuaderno de pruebas solicitadas a Coomeva.

que solicitó al Dr. Pérez, realizar la ligadura el 3 de septiembre de 2009, que fue el primer consentimiento que firmó ella y el médico, en presencia de su esposo, los otros, el de cesárea y anestesia, los suscribió cuando estaba en sala de maternas³⁹, por el contrario el señor José Luis Perlaza, sostiene que se firmaron tres consentimientos cesárea, anestesia y el de Pomeroy en el consultorio del Dr. Pérez, el 3 de septiembre en la mañana⁴⁰.

-A su turno, convergen los dichos de la pareja, sobre la charla de planificación familiar sostenida con el Dr. Pérez, quien explicó lo relativo a dicho tema.

-Se otea paralelamente, que el aludido galeno, declaró ante el Juzgado de instancia que, el 3 de septiembre de 2009 (10:06 p.m.), valoró en el servicio de urgencias, a la paciente Marlen Pino, quien consultó porque el bebé se movía mucho causándole dolor pélvico, concluyó que no había iniciado trabajo de parto y tenía un embarazo prolongado, y, como de acuerdo al protocolo debía terminarse el embarazo por los riesgos que suponía para el feto, comprobó el bienestar fetal con una monitoria y citó la paciente a las 6 a.m. del 4 de septiembre, ocasión en la cual la valoró de nuevo en el consultorio, y tras explicar el procedimiento de inducción de parto a los esposos, diligenció y suscribió con ambos el consentimiento informado, e inició el citado tratamiento.

-Señaló que, al regresar a turno, volvió a revisar la paciente, en sala maternas, a las 3 p.m., encontrando que *"el cuello del útero es posterior, está en 2 de dilatación, y que la presentación fetal está flotante"*, hallazgos con los que diagnosticó *"desproporción feto pélvica"* y propuso a la paciente realizar cesárea, ella aceptó, por lo cual diligenció, explicó y firmó con ella el consentimiento informado,

³⁹ Folio 3 del cuaderno N°4 pruebas solicitadas.

⁴⁰ Folio 6 del cuaderno N°4 pruebas solicitadas.

luego informó al familiar lo decidido, advirtiéndole que habían 3 turnos antes que ella para cesárea más ligadura, regresó al quirófano y finalmente le realizó la cesárea a las (7:45 p.m.) sin complicaciones, registrando el acto en la nota operatoria⁴¹.

-Expresó que no participó del consentimiento de anestesia, pues su trámite está a cargo del anesthesiólogo. Sobre el consentimiento para Ligadura de trompas añadió: *"aparece firmado y con el sello mío, pero el diligenciamiento no es en absoluto ni mi letra, ni mi estilo"*⁴², acerca del por qué lo firmó manifestó como posible hipótesis que, estando él en quirófanos y la paciente en sala partos, **ella decidió hacerse el procedimiento de Pomeroy**, un funcionario diligenció el consentimiento que ella firmó y en un intermedio entre las cesáreas se lo pasan a quirófanos, como es un procedimiento accesorio, no urgente, él *"no tiene reparo en firmar"*, pues la práctica (cesárea más Pomeroy) es frecuente y favorece a la paciente, al ahorrarle un riesgo, acentuó que no recuerda haber hablado de planificación familiar con los señores Perlaza-Pino, tampoco - siendo ese un evento importante - está consignado en la historia clínica, y, reafirmó su dicho ante el cuestionamiento del Juez por la disparidad entre su declaración y la de los demandantes, en este sentido:

"Juro por Dios, por mis hijos y por mi profesión, que en esta diligencia, estoy diciendo la verdad, y nada más que la verdad; como lo dije en una pregunta anterior, yo no recuerdo haber hablado respecto a la ligadura de trompas o de planificación familiar con Marlen Paola, en las afirmaciones que ellos hacen, mienten, son imprecisos, por los siguientes aspectos: El 03 de septiembre que consultaron no era por la mañana, eran las 22 horas, yo los vi en la mañana del 04

⁴¹ Folio 4 del cuaderno N°5 pruebas solicitadas.

⁴² Folio 5 del cuaderno N°5 pruebas solicitadas.

de septiembre de 2009, a las 6:00 a.m. como consta en la historia clínica, se habla, se explica, se informa, se decide y firma un único consentimiento informado, el de inducción de trabajo de parto, en el cual aparece la firma de Marlen Paola, de su esposo y la mía, es un consentimiento diligenciado por puño y letra por mí, en hora 06:00 a.m., en la historia clínica, en mi memoria, no aparece ninguna palabra respecto a Pomeroy, y si yo tal vez, el ginecólogo más comprometido con el parto vaginal, voy a empezar una inducción del parto, pensando que le voy a hacer cesárea a la paciente, para qué voy a perder el tiempo en una inducción, es muy probable que ese tema de la ligadura de trompas no se haya tratado en esa consulta, porque vuelvo y repito no anoté nada en la historia clínica de algo que era importantísimo para la paciente. Cuando se firma el consentimiento de la cesárea, yo estoy solo con Marlen Paola, porque ella en inducción de trabajo de parto, se encuentra en la sala de partos, sitio que en la clínica La Estancia, es aislado, prohibido para el ingreso de personas ajenas, entiéndase familiares; al familiar, en este caso el esposo de Marlen Paola se le informa de la decisión tomada, en sala de espera, donde seguramente se encontraba, no puedo discutir si Marlen Paola y su esposo habían decidido tener solo un hijo, pero que me hayan comentado a mí al respecto, creo que sin faltar a la verdad, no lo hicieron...".

-Añadió, que no es necesario realizar inducción de parto previo a una cesárea más ligadura, sin embargo, el trabajo de parto sea espontáneo o inducido según la evolución, puede terminar en cesárea, como en el caso de la paciente Marlen Pino donde la cesárea se realizó como urgencia ante el diagnóstico de desproporción feto pélvica hallado en la evolución del trabajo de parto inducido, la cual no se efectuó inmediatamente la paciente llegó a la clínica, porque en ese momento

no era lo indicado⁴³; diferenció entre una urgencia y una emergencia, explicando que la urgencia daba tiempo para esperar turno en el único quirófano para urgencias de la clínica, mientras si es emergencia el mismo ginecólogo va a cirugía, aun sin turno para que den prioridad a la paciente, además añadió que no realizó la ligadura porque no estaba en el plan de esa cirugía⁴⁴, por eso tampoco se informó que no se había practicado.

-Afirmó, que la circulante indicó que a la paciente se iba a practicar cesárea, no mencionó ligadura porque no estaba dentro de la tarea, prueba de ello es que el instrumentador no solicitó la sutura propia para la ligadura, que es diferente a la utilizada para la cesárea. También declaró que ni la paciente, ni el esposo preguntaron si la habían ligado, tampoco leyeron la epicrisis, ni la nota operatoria, documentos que se entregan a todos los pacientes de cirugía, a su egreso⁴⁵.

-Al respecto, además obran las declaraciones realizadas por los testigos técnicos, Doctores Jaime Paz Mera, Rodolfo Casas y Guillermo Garrido - Médicos especializados en Ginecología y Obstetricia y la Coordinadora del área de cirugía enfermera Luz Mila Sánchez.

-El primero de ellos (Dr. Paz Mera), expresó haber atendido a la paciente Marlen Paola Pino cuando cursaba con 35 y 37 semanas de gestación, y en ninguna ocasión ella manifestó su deseo que se le practicara el Pomeroy, señaló que en ese momento "*era una paciente sana... y su indicación era parto vaginal*"⁴⁶, por tanto, cuando la paciente cumplió 41 semanas se

⁴³ Folio 7 del cuaderno N°5 pruebas solicitadas.

⁴⁴ Folio 8 del cuaderno N°5 pruebas solicitadas.

⁴⁵ Folios 10-12 del cuaderno N°5 pruebas solicitadas.

⁴⁶ Folio 4 del cuaderno N°6 pruebas solicitadas.

citó para inducirle el parto, aclarando que este es dinámico, por esto un parto vaginal puede tornarse en urgencia⁴⁷.

-Especificó que el diagnóstico, desproporción feto pélvica "no es una emergencia, en el sentido de que si no se practica inmediatamente, pueda fallecer la madre o el bebé, pero si es considerada una urgencia, la cual debe ser resuelta en las siguientes horas", adicionó que una vez realizado un procedimiento quirúrgico, el paciente es trasladado por varias áreas, entregado y recibido por diferentes funcionarios quienes informan que a la paciente se le hizo cesárea, información que se comparte al cambiar de turno, entonces durante el traslado de quirófano a hospitalización, "la paciente debió escuchar aproximadamente seis veces... que se le hizo cesárea, en ningún caso nombran ligadura de trompas".⁴⁸

- El doctor Casas declaró que el 5 de septiembre de 2009: "En la presentación que hizo el doctor Hugo Ortiz, médico hospitalario del servicio, refiere que a la paciente se le practicó cesárea, en estas condiciones a toda paciente en posparto o por cesárea, se le dan indicaciones precisas sobre planificación familiar y lactancia materna, ante lo cual las pacientes manifiestan sus inquietudes... En la historia clínica no hay ninguna anotación de que la paciente haya presentado inquietudes el día que se le da de alta".⁴⁹ Indicó que, tras hacer la valoración, consideró que podía ser dada de alta, se lo reveló al doctor Ortiz quien diligenció, firmó y entregó la epicrisis donde se citaba para control por ginecología⁵⁰.

⁴⁷ Folio 7 del cuaderno N°6 pruebas solicitadas.

⁴⁸ Folios 9 y 10 del cuaderno N°6 pruebas solicitadas.

⁴⁹ Folio 2 del cuaderno N°7 pruebas solicitadas.

⁵⁰ Folio 8 del cuaderno N°7 pruebas solicitadas.

-Por su parte, el Dr. Garrido dijo no conocer la paciente pero anotó que en las cirugías de urgencia, generalmente se informa al médico "en el quirófano el procedimiento a realizar, en muchas ocasiones no es el mismo médico, el que ordena la cirugía al que la va a realizar; en el quirófano quien le informa al médico es la circulante, además de la instrumentadora, también debe alistar los equipos y materiales necesarios para el procedimiento e informarle al médico", adicionando al igual que los restantes testigos técnicos, que para la época en que sucedieron los hechos, "había un solo ginecólogo de turno en el servicio y era responsable de la asistencia de pacientes hospitalizadas, de las pacientes de observación, de los trabajos de partos y parto de las cirugías que resultaran de urgencias".

-Los testimonios dados por los citados especialistas, coincidieron básicamente en varios aspectos a saber: El diagnóstico desproporción feto pélvica más procúbito de cordón umbilical, es una urgencia enfocada a la terminación del embarazo por cesárea, que, de no practicarse, conlleva consecuencias muy graves, como la muerte fetal y la ruptura uterina⁵¹; el procedimiento Pomeroy es electivo, puede practicarse solo o simultáneo con cesárea; solicitada la ligadura de trompas, el cirujano explica los riesgos a la paciente, diligencia el consentimiento informado y el turno quirúrgico. Decidido el procedimiento quirúrgico, si es una emergencia, el médico baja al quirófano informa a la jefe y al anestesiólogo que el procedimiento debe realizarse de inmediato, pero si es una urgencia, le entrega el turno a la jefe del servicio de donde esté la paciente, quien lo lleva a cirugía; el jefe de quirófano evalúa y define que paciente va, porque solo hay un quirófano para urgencias, además comunica el procedimiento al instrumentador quien dispone los insumos requeridos

⁵¹ Folios 4 (Dr. Casas) y 12 (Dr. Garrido) del cuaderno N°7 pruebas solicitadas.

para la intervención y al circulante que generalmente en las cirugías de urgencia, es quien informa al médico el procedimiento a efectuar.

-Así mismo, la enfermera coordinadora de cirugía, Luz Mila Sánchez, en su testimonio confirmó lo dicho por los 4 ginecólogos sobre el procedimiento a seguir en casos de urgencia, y, agregó:

Está establecido un protocolo de admisión del paciente, que en este caso es "urgencia", entonces cuando el paciente llega a admisión, "es porque ya hay un turno previo que ha sido pasado a la jefe de salas", por la jefe del servicio donde estaba, "lo recibe la auxiliar de enfermería, a ella le dicen esta paciente es para "tal procedimiento"", se verifica que el consentimiento informado esté firmado y se pasa a una sala donde espera su turno, cuando el quirófano está listo, el jefe de cirugía avisa al instrumentador y al circulante, quien entra la paciente al quirófano y la alista para la cirugía⁵².

-De lo expuesto se colige, que el 4 de septiembre de 2009 la señora Marlen Paola Pino Carvajal, ingresó a la clínica La Estancia para la atención del parto de su primera hija, luego de un proceso de inducción de parto sin adecuado progreso, el alumbramiento se realizó mediante una cesárea de urgencia; durante el proceso de atención la paciente solicitó y autorizó la realización del procedimiento electivo de Pomeroy, porque no deseaba tener más hijos, pero dicho tratamiento, no se realizó.

-La solicitud y autorización de ese procedimiento no es controvertida de manera alguna por la pasiva, de hecho, la hipótesis del ginecólogo que la atendió se sitúa en que, seguramente, la paciente en sala partos, **"decidió hacerse el procedimiento de Pomeroy"**, decisión corroborada en un consentimiento "informado"

⁵² Folios 19 y 21 del cuaderno N°7 pruebas solicitadas.

que ella firmó para tal efecto, y en la anotación en la historia clínica a las (19:20), de ingreso de la paciente a admisión para "cesárea + pomeroy". Sin embargo, también es claro, conforme a esa misma historia clínica y epicrisis, que el procedimiento electivo, no se realizó y por ende, no se informó sobre su no práctica, lo que, de manera irrefutable, constituye una omisión médica.

- Las razones para la no realización del procedimiento, conforme a la prueba testimonial recepcionada, coinciden en determinar, que al ser la cesárea un procedimiento postulado de urgencia y no programado previamente, en la comunicación de la misma al quirófano y por ende al ginecólogo encargado de practicarla, intervinieron por lo menos, las siguientes personas: Un jefe de salas, una auxiliar de enfermería, el circulante, el instrumentador y el anestesiólogo, y que en esa comunicación, no se informó que dentro del plan a seguir, además de la cesárea estaba incluida la ligadura de trompas, pues finalmente, del procedimiento a realizar deben estar enterados todos, a fin que los elementos y materiales que se requieran estén dispuestos para cuando llegue el médico encargado de operar, galeno que, tal como lo registra la historia clínica, tenía programadas previamente tres cesáreas más con ligadura de trompa, siendo que para esa época solo había un ginecólogo de turno para atención de pacientes hospitalizadas, en observación, trabajos de partos y cirugías que resultaran de urgencias.

-En ese sentido, si bien resulta reprochable, censurable, que el ginecólogo tratante imprimiera su firma y colocara su sello en un formato de un consentimiento informado para ligadura de trompas que asevera nunca discutió con la paciente, lo que a la postre, pudiese generar graves consecuencias por la falta de información cualificada que esta debe recibir y los derechos que con ello, se le salvaguardan; lo

cierto es que, ello en el *sub examine*, no comporta esa consecuencia si en cuenta se tiene que dado el consentimiento, el procedimiento no se efectuó.

-Lo anterior, sin embargo, tiene amplia connotación probatoria, porque tal como se expuso, en un examen conjunto de la prueba y bajo las reglas de la sana crítica, puede colegirse que el pluricitado consentimiento es prueba de la exteriorización de la voluntad de la paciente y por ende, de la solicitud de la ligadura, e indica que, alguien del equipo médico contribuyó en el diligenciamiento del mismo para que esta y el galeno imprimieran su rúbrica, cortándose en algún momento, el eslabón de su comunicación, lo que no permitió que en el procedimiento a realizar se tuviera en cuenta que además de la cesárea debía practicarse la oclusión tubárica.

-Ese análisis de paso, desecha dar por sentadas las aseveraciones en lo atinente al consentimiento informado y a la charla que conjuntamente, se sostuvo sobre planificación familiar con el ginecólogo, hechas en la demanda y/o los interrogatorios de parte absueltos por la pareja Pino Perlaza, al no ser coincidentes, ni coherentes con lo que reposa en la historia clínica, ni con el progreso de los síntomas de la paciente, quien fue direccionada primero para una inducción de parto y luego para cesárea, sin avizorar que las circunstancias de modo, tiempo y lugar por ellos descritos, se acompasen con aquéllas que en forma cronológica detalla la historia clínica.

-Ello, no exime la existencia de la omisión en la práctica del procedimiento electivo, el que puede inferirse, se dio en el transcurso de las 12 horas acontecidas desde el ingreso de la paciente hasta la cirugía, lapso en el que, en tiempos disímiles, se tramitaron los cuatro consentimientos suscritos por la demandante, siendo claro, que el personal sanitario de la Clínica La Estancia atendió a la señora Marlen

Pino, conforme a la Lex artis, en lo relacionado con la atención del parto, llevando a cabo el alumbramiento de su primera hija por cesárea sin complicaciones, pero sin desconocer que la misma calidad no se observó en la totalidad de la atención, privándole de tal modo, de la posibilidad de ejercer su derecho a la libertad reproductiva ya que, aunque autorizó voluntariamente la oclusión tubárica, el prestador del servicio no la realizó y por ende, frustró sus expectativas en torno a planear su familia de acuerdo a los deseos particulares fijados con su pareja, razón misma por la que la historia clínica la reporta calificada como una "*paciente de alto riesgo psicosocial*"⁵³, ante el embarazo no deseado que presentó de manera posterior y solo a escasos meses de haber dado a luz a su primera hija.

-Adicionalmente, el convencimiento de la paciente en lo que atañe a la realización del procedimiento, se puede vislumbrar en las anotaciones ulteriores de la historia clínica, en las que se consigna que en los controles post operatorios ella informó al médico que atiende la consulta que en días anteriores le realizaron una cesárea mas pomeroy, sin que sea aceptable endilgarle que debió saber de su no realización porque tenía el deber de leer detalladamente la epicrisis para deducir que solo le habían hecho una cesárea, o, escuchar atentamente la información compartida en ese sentido por los médicos en los cambios de turno, menos cuando acababa de salir de un trabajo de parto frustrado, la realización de una cesárea y el alumbramiento de su primera hija y tampoco contaba con conocimientos técnicos o médicos para entender o interpretar dicha información.

-En suma, para la Sala, el daño está comprobado en los términos anteriormente explicados. En este análisis no converge con fuerza suasoria, el argumento de la pasiva relativo a que las ligaduras son un método

⁵³ Folios 106 y 116 del cuaderno de pruebas solicitadas a Coomeva

anticonceptivo que no reporta absoluta certeza frente a sus resultados.

-Como se refirió en apartes anteriores, y, lo hizo constar el dictamen pericial decretado en primera instancia, rendido por el Dr. Edward A. Orozco especialista en ginecología y obstetricia⁵⁴, es cierto, que pese a los actuales avances de la ciencia, parece no reportarse la existencia de algún método anticonceptivo totalmente seguro⁵⁵, a fin de evitar embarazos no deseados, como el acontecido a la pareja Perlaza Pino.

-De hecho, las vasectomías o ligaduras de trompa presentan posibilidades - en un pequeño porcentaje -de nuevos embarazos al existir la posibilidad de recanalización o repermeabilización espontánea, lo que a la postre, puede significar el nacimiento de un hijo - eventualmente sano - pero no previsto o deseado.

-El citado dictamen pericial del que se corrió traslado a las partes conforme las disposiciones entonces vigentes en el Código de Procedimiento Civil⁵⁶, y, no fue objeto de contradicción, a la letra, explica que:

"La ligadura de Trompas de Falopio es un método anticonceptivo quirúrgico que consiste en la oclusión bilateral de las Trompas de Falopio para impedir la fecundación ...", el método puede fallar por "reconexión espontánea de las trompas, aparición de una fístula en la parte ocluida que permita el paso, oclusión incompleta de las trompas, deslizamiento del dispositivo usado, error al colocar el dispositivo, falla en el mantenimiento del equipo", agregando que

⁵⁴ Folios 60 y siguientes Cuaderno No. 7.

⁵⁵ Al respecto, la Organización Mundial de la Salud, señala que la esterilización femenina (ligadura de trompas; salpingectomía, y, la esterilización masculina (vasectomía), presentan una eficacia para prevenir el embarazo del 99%.

⁵⁶ Auto del 04 de agosto del año 2014.

durante los primeros 5 años y desde el 6 al 10 año, **"0,6 y 0,1 de 100 mujeres"**, pueden presentar embarazo, previa realización de ese procedimiento, reportando una tasa acumulativa anual de embarazos de **"3-6/1000 procedimientos"**.

-Conclusiones que en nada excluyen el análisis de la Sala, pues fincado este en la omisión endilgada a la pasiva, el plano que nos estaciona en las posibles fallas del método anticonceptivo pierde relevancia. Sin embargo sobre las probabilidades que se hacen constar en el dictamen pericial, se volverá al examinar lo atienen al nexo de causalidad.

-En esta línea argumentativa, no es menos importante destacar que la afectación a la autonomía reproductiva de la pareja Perlaza - Pino, finalmente se exteriorizó con el embarazo no deseado de la paciente al que atrás se hizo mención. Forma parte de la historia clínica, los registros de la atención del 19 de marzo de 2010, donde se confirmó el **nuevo embarazo**, que fue catalogado como de alto riesgo por tener un período intergenésico corto y riesgo de ruptura uterina.

-Finalmente, el 14 de octubre de 2010, la señora Pino Carvajal dio a luz a su segundo hijo, el menor de edad Miguel Ángel Perlaza Pino y según consta en el expediente, para esa misma fecha, se practicó la oclusión tubárica, refrendando su decisión y la de su pareja, de no tener más hijos, dentro de la libertad reproductiva que les asiste.

-De esa manera, la decisión de no tener más hijos, tomada por la pareja Perlaza Pino, fue adoptada y revelada al personal médico en el momento de tener su primera hija, es decir, que fue una decisión negativa y previa, no respetada, que confluyó en el embarazo no deseado, lo que se itera, a riesgo de insistencia, vulneró sus garantías fundamentales.

RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO SUFRIDO POR ALGUNOS DE LOS DEMANDANTES Y LA CONDUCTA DE LAS DEMANDADAS A QUIENES SE LES IMPUTA SU PRODUCCIÓN O GENERACIÓN / OMISIÓN EN LA PRÁCTICA DEL PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO.

-Recientemente recordó la Corte, que *"la atención sistémica e integral de la salud, no es ajena a los errores, sean excusables e inexcusables. En el ámbito de estos últimos, con repercusiones jurídicas, aparecen los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado. Por esto, al ser injustificados, son susceptibles de reparación integral, "in natura" o por equivalente. Así que, causada una lesión o menoscabo en la salud, con ese propósito, el afectado debe demostrar como elementos axiológicos de la responsabilidad médica, la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla ..."*⁵⁷.

-Trasuntado lo dicho hasta ahora, la determinación de la responsabilidad estudiada encuentra como baremo o límite, el análisis de la causalidad partiendo del hecho generador del daño por la omisión en la práctica del procedimiento de Pomeroy.

-Bajo esta égida, se resalta que tal como lo alegó la defensa de las demandadas, no resulta posible imponer de manera tajante, al prestador de servicios de salud, una obligación de resultado, en relación con los métodos anticonceptivos que prescriba, aplique o practique vía intervención quirúrgica.

-Sin embargo, las probabilidades de funcionamiento de los métodos anticonceptivos, si resulta relevante, más aún cuando ellos, en su mayoría, conllevan un margen de error inherente **(regla general del 1%)**.

⁵⁷ SC5186-2020

- Ello, con significado preeminente, redundante en el hecho que, la decisión libre de no concebir y materializada con la ayuda de medios quirúrgicos o farmacéuticos, no supone un escenario exento de tal posibilidad, pues ella, se mantiene vigente, en forma natural, en desarrollo del ejercicio de la libertad sexual, y es un resultado posible - aunque abiertamente disminuido - cuando se toma la decisión de desplegarla haciendo uso de tratamientos contraceptivos.

-Empero, ello no impide que puedan presentarse casos como el presente, en el que, a diferencia de los mayormente reportados en derecho comparado, la responsabilidad se endilga comprometida por la omisión en la realización de una esterilización femenina. En este escenario, y bajo la ilación ya presentada, para la Sala, en la determinación del nexo causal no se plantean problemas extraordinarios; es claro que, la práctica diligente de la esterilización, habría impedido con altos índices de probabilidad (99%) el embarazo no deseado.

-Dejamos de lado en este ítem, y en el siguiente, discusiones planteadas a nivel doctrinario, sobre el "deber de mitigar el daño" en cabeza de la madre, proposición bajo la que incluso, se ha discutido si este le impondría el compromiso de adoptar medidas para evitarlo (v.g. opción de abortar); en nuestro ordenamiento, la IVE (interrupción voluntaria del embarazo) es restringida, y, en todo caso, (el deber de mitigar el daño), no ha sido una discusión reconocida, al resultar esta, una imposición que vulnera derechos de la madre y le "impone sacrificios altamente desproporcionados"⁵⁸.

⁵⁸ www.InDret.co 03/2001, escrito por Miquel Martín Casals y Josep Solé Feliu, Facultad de Derecho, Universidad de Girona

**DAÑOS A INDEMNIZAR/ AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA/
CONSAGRACIÓN LEGAL / INSTRUMENTOS INTERNACIONALES /
DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS - FUNDAMENTO
NORMATIVO Y FILOSÓFICO/ ELIMINACIÓN DE LOS
ESTEREOTIPOS DE GÉNERO QUE HAN FACILITADO LA
DISCRIMINACIÓN HISTÓRICA DE LA MUJER /RAZONES POR LAS
QUE NO RESULTA PROCEDENTE INDEMNIZACIONES POR DAÑO
MORAL Y DAÑOS PATRIMONIALES EN LAS MODALIDADES
SOLICITADAS EN EL LIBELO INTRODUCTORIO/IMPROBADAS
EXCEPCIONES DE MÉRITO.**

-Con lo resuelto hasta aquí, resta por resolver el tema atinente a las condenas a imponer ante la no prosperidad de las excepciones de mérito formuladas por los demandados y las llamadas en garantía, agrupadas todas, en la discusión del nacimiento como hecho incapaz de causar un daño con carácter resarcible, y, en la falta de configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad civil, discusión que ampliamente recibió respuesta por parte de la Sala. En cuanto a la de prescripción propuesta por Coomeva E.P.S., no se observa configurado ese fenómeno extintivo frente a los derechos reclamados por los actores, quienes dentro del término otorgado para impetrar la acción ordinaria demandaron la responsabilidad objeto de estudio. (Artículo 2536 del Código Civil).

-Depurado ello, la Sala dedica unos apartes para exaltar que en forma reiterada, la jurisprudencia Constitucional⁵⁹ ha insistido en la necesidad de reconocer y proteger la facultad que hombres y mujeres tienen, frente a la adopción de decisiones en materia de sexualidad y reproducción, las que incluyen, la decisión libre y responsable frente a la disposición positiva o negativa de tener hijos, el número de ellos, el intervalo entre sus nacimientos,

⁵⁹ V.g. SU 096 de 2018.

proscribiendo en forma expresa, la discriminación de las mujeres, quienes en mayor medida han enfrentado una discriminación histórica persistente y diferentes estereotipos que tradicionalmente han restringido sus derechos, v.g. asociación de la mujer en su función o rol exclusivo como cuidadora y/o madre, roles tradicionales asociados al hogar y a la reproducción⁶⁰, su subordinación frente al hombre y la mirada de este como cabeza y sostén de la familia (Sentencia C-754 de 2015), al respecto, son numerosos los pronunciamientos de la Corte y la profusa insistencia en su eliminación. (V.g. aquéllos referidos a la posibilidad de practicar IVE).

-Paralelamente y solo a modo de insinuación, son diversos los estudios que denuncian el estigma y rechazo social, que "padecen" las mujeres que adoptan la decisión de no tener hijos, intentando reivindicar su derecho a decidir libremente su proyecto de vida - sin estos -, siendo cuestionadas por ello; surgiendo corrientes "antinatalistas"⁶¹, que abogan por la no reproducción fundadas en discursos políticos o éticos, o simplemente, por la decisión personal de no querer tener descendencia.

-Existen, aquéllas que, por el contrario, desean tener hijos, pero soportan prácticas de esterilización no consentidas, involuntarias o forzosas aún existentes en el mundo, y que perpetúan estereotipos discriminatorios en el ámbito de la salud reproductiva

⁶⁰ "En Colombia, con la adopción del Código Civil de Bello las mujeres fueron objeto de extensivas prohibiciones en contraste con las amplias facultades que se otorgaron a los varones. Las mujeres fueron reducidas a la condición de incapaces o inmaduras mentales, equiparables en muchos aspectos a las personas con limitaciones psíquicas o a los niños. En este sentido, se abrió paso a la potestad marital compuesta por un conjunto de derechos de los que disponía el varón sobre la persona y bienes de la mujer. La mujer carecía de domicilio propio, debía habitar en el del padre o marido; era considerada un objeto de propiedad del varón, padre o esposo; no podía ejercer la patria potestad sobre sus hijos". Esta concepción del papel de la mujer en la sociedad y en la familia fue superada en el ordenamiento jurídico con la Constitución de 1991 (art. 13, 42 y 43 CP) y los tratados internacionales ratificados por Colombia. (C 203 de 2019).

⁶¹ lavanguardia.com/vivo/20180215/44735994252/antinatalistas-estigma-mujeres-deciden-no-hijos.html

(Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329). No menos importantes, pueden ser, también a modo de ejemplo, las discusiones dadas frente a las enfermedades relacionadas con la salud sexual o reproductiva, o, la infertilidad como un problema de salud que debe ser atendido por el Estado, ejercicio del derecho a la reproducción a determinadas personas (fertilización in vitro, ovodonación, criopreservación de ovocitos, verificación de embriones, etc.), y, el deber de información que frente a métodos anticonceptivos deben cumplir las autoridades y entes que los proporcionen, no estando permitido que se omita el desarrollo de acciones concretas que impidan reforzar y terminen por institucionalizar diversas formas de violencia contra la mujer.

-Dichos derechos - sexuales y reproductivos - mantienen entonces, una relación de interdependencia, entre otros, con el respeto a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la autonomía individual; prescripciones que además y vía bloque de constitucionalidad están incorporadas al ordenamiento interno y preceptuadas en diferentes Tratados Internacionales, v.g. Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

-A su turno, la Corte Constitucional, ha precisado cuál es el fundamento y el alcance de los derechos sexuales y reproductivos en el ordenamiento jurídico colombiano: *"En tal sentido, ha indicado que la estructura de estas garantías se edifica sobre dos dimensiones. La primera, relacionada con la libertad, que supone la imposibilidad del Estado y la sociedad de implantar restricciones injustificadas en contra de las determinaciones adoptadas por cada persona; y la segunda, prestacional, que implica la responsabilidad*

de adoptar medidas positivas para garantizar el goce efectivo de estos derechos”⁶².

-Lo anterior, se destaca porque, situaciones que conciernen a los derechos sobre el cuerpo, la sexualidad y la reproducción de la mujer, están íntimamente ligados con el reconocimiento y la reivindicación de los mismos a su favor, enalteciendo su capacidad, libre y autónoma de disponer sobre sí misma, aunado a que los derechos sexuales, según lo ha explicado la Corte, se constituyen a través de diferentes facetas, dentro de las que se incluye, la posibilidad real de **“acceder a los servicios de salud sexual”**, bajo la óptica de disponibilidad, la accesibilidad y la calidad, y, **“contar con toda la educación e información respecto de la totalidad de los métodos de anticoncepción, así como la potestad de elegir de forma libre alguno de ellos”** (Subrayas y negrillas fuera de texto)⁶³.

-De este modo, se violenta la autodeterminación reproductiva cuando se obstaculiza, por vía de acción u omisión, el ejercicio de la autonomía personal en las decisiones relativas al desarrollo de la progenitura. Resulta clara la contradicción existente entre la decisión tomada por parte de los progenitores, en virtud de su derecho a la autodeterminación reproductiva, y la omisión aquí probada. Ello, implica un fuerte revés al ejercicio de los derechos reproductivos de estos, de quienes se esperaba pudieran decidir de manera libre y responsable cuestiones tan íntimas y propias de su personalidad como el número de hijos que consideraban más conveniente y termina por compeler derechos de la madre, quien, desde la perspectiva de género aludida, reclama ese derecho con una connotación histórica y social, significativa.

⁶² Ibem.

⁶³ Ibem.

-Dicho de otro modo, ambos padres, ostentan un derecho a la procreación futura, por lo que si a raíz de la omisión, se llevó a cabo el nacimiento de un hijo no deseado, inevitablemente ambos deben ser resarcidos por el daño que supone la privación de su derecho a procrear libremente.

-En ese lineamiento la Sala considera que no es prudente abordar en este escenario, problemas epistemológicos frente a la arquitectura del daño, en lo que atañe a recoger la afectación de los derechos sexuales y reproductivos aludidos, dentro del daño a la vida de relación, o dentro de una subclase o modalidad autónoma de derechos extrapatrimoniales (v.g. los morales u otros independientes a él). En realidad, esa es una discusión abierta en nuestro órgano de cierre con nacientes pronunciamientos al respecto.

-En consecuencia, la Sala se centrará en reiterar la mirada, hacia los derechos sexuales y reproductivos, como derechos fundamentales, esto es, mandatos jurídicos (positivizados) e imperativos, inherentes al ser humano (subjettivos), y relacionados como atrás se dijo, de manera intrínseca, con su dignidad humana, existiendo la obligación Estatal de protegerlos, resarcirlos, y hacer cesar su vulneración (principio de progresividad y no regresión en su reconocimiento).

-En coherencia con ello, el reconocimiento a la vulneración aquí comprobada, se hará **en forma directa** por la transgresión a estos derechos, en últimas, porque al margen de la discusión en su clasificación y los problemas que ella acarrea, la vulneración "**a bienes jurídicos de especial protección constitucional, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales**", ha sido aceptada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (v.g. Sentencia SC10297-2014/con aclaración y salvamentos de voto).

- En esa medida, los sentimientos adversos que dicen haber padecido los padres, al enterarse de la llegada de un nuevo miembro a la familia, será compensada bajo el resarcimiento directo a la afectación a sus derechos fundamentales, esta, fue causada precisamente por esa vulneración sobre la autodeterminación previa que al respecto habían adoptado frente a su descendencia y su falta de preparación en diferentes ámbitos para asumirla. Esta posición y la enunciada en los siguientes párrafos, descarta por supuesto, discusiones en casos que guardan simetría y enmarcados dentro de las acciones "*wrongful birth*" y "*wrongful life*"; en ellos la vida bajo condiciones de discapacidad marca derroteros de análisis disímiles a estos.

-Adicionalmente, no se considera procedente despachar de manera favorable indemnizaciones por gastos de crianza, alimentación y otros del menor de edad, básicamente porque la línea argumentativa aquí dada plantea el resarcimiento del derecho fundamental que gravita en cabeza de los padres respecto a su autonomía reproductiva, lo que per sé descarta indemnizaciones para el hijo menor de edad, su hermana y abuelos (restantes demandantes), quienes evidentemente, no son titulares para este análisis de esas garantías.

-Además, en gracia de discusión, resulta complejo desatender, que, bajo las reglas de la experiencia, el nacimiento de un niño en condiciones óptimas de salud como las que se predicen respecto del hijo de los padres demandantes (o al menos prueba en contrario no se registra en el infolio), constituya una afectación en la esfera externa de los progenitores, al menos no en los términos que estos los calificaron indemnizables.

-La felicidad y satisfacción que experimenta un ser humano al ser padre o madre, ver crecer a su hijo y arroparlo para cubrir sus necesidades y acompañarlo, son un beneficio que no puede ser desconocido, esa es la regla general y en principio, por naturaleza, es la que puede dar por sentada la Sala ante el hecho de ese nacimiento. Incluso, los mismos progenitores en la demanda y en el interrogatorio de parte, expresaron que profesan amor por su hijo y que, en sí su nacimiento, no les ha causado daño alguno.

-A su vez, en derecho comparado y doctrinario, se acepta la concurrencia de estos beneficios vs. los gastos que demandan los hijos, y, se agrega como criterio evaluable frente a indemnizaciones v.g. de tipo patrimonial, explicándose, por ejemplo, que: *"identificar en aquellos gastos ordinarios de manutención y educación un daño indemnizable más que resarcir un perjuicio podría enriquecer injustamente a quien debe asumirlos ...*

... El detrimento económico que podría suponer aquellas erogaciones pecuniarias relativas a los gastos de manutención del niño, genera correlativamente una serie de incalculables beneficios que resultan innegables, un conjunto de ventajas de variada índole que difícilmente se verán aminoradas por las connotaciones financieras que supone la crianza de un niño, incluso, un cúmulo de situaciones que más que afectar el proyecto de vida de los padres lo enriquecen de manera considerable...

Los beneficios propios de la paternidad, así como aquellos beneficios inherentes al mero hecho de vivir, no solo compensan aquellos gastos ordinarios que a partir del nacimiento del niño se deben asumir, sino que los supera. Tales erogaciones pecuniarias además de contribuir a la crianza de un ser humano, lo cual conlleva de suyo un correlativo beneficio relativo a la satisfacción y significativa felicidad que supone

para el niño el mero hecho de estar vivo, de existir; y para los padres, ver a su descendencia sortear las distintas etapas de su existencia, también constituyen a su vez una "inversión" que los padres realizan y que repercute tanto en su vida económica como inmaterial..."⁶⁴.

-Adicionalmente, en cuanto a los gastos de alimentación, se plantean discusiones al entenderse que su reconocimiento conllevaría una contradicción entre el sistema de responsabilidad civil y los principios sobre los que se cimienta el derecho de familia, al identificar como perjuicio indemnizable un deber legal de proveerlos, sin pasar por alto que sería una cuantificación que no incluiría (por lo aleatorio, incuantificable e incalculable) los beneficios que la procreación de ese hijo, le irrogará a los padres y que en estricto sentido, como valor ganado, deberían poderseles descontar, incluso otros a nivel doctrinario y jurisprudencial colocan sobre la mesa, discusiones frente a la cosificación del niño o los perjuicios psicológicos que se le causarían *"al saber que sus padres no han querido asumir su manutención y educación, sino que lo han exigido a un tercero a quien consideran responsable de su nacimiento, confrontándolo de manera hiriente con la impresión de no ser deseado"*⁶⁵.

-Igualmente, se ha dejado para examen, si aceptar que un tercero ajeno a los padres proporcione alimentos (en virtud a la condena realizada), impediría que con fundamento en principio de solidaridad y equidad, los padres a quien su hijo no les representó *"ningún coste en ese sentido"*, tuvieran la posibilidad en un futuro, de solicitar alimentos a sus hijos, o que, fallecido

⁶⁴ Tesis doctoral Responsabilidad patrimonial por *"wrongful conception"*, *"wrongful birth"* y *"wrongful life"*, Johan Ricardo Miranda Acuña, Universidad Complutense de Madrid, 2018.

⁶⁵ El Tribunal Supremo holandés, en su sentencia de 21 de febrero de 1997 referida en ¿Resarcimiento de daños por el hijo nacido tras l/na esterilización? María J. Roca. Universidad de Vigo

el hijo, estos mantengan la condición de herederos *ab intestato* o de legitimarios, cuando esta responde a la "*solidaridad familiar*" quebrantada para algunos, por la falta de cumplimiento del deber legal de proveer alimentos a sus hijos⁶⁶.

- Bajo igual análisis, puede considerarse que no resulta posible determinar en estricto sentido, una anormalidad negativa en la alteración de la situación personal o familiar de los padres, infiriendo, por ejemplo, que dejaron de realizar aquellas actividades cotidianas que hacían parte de su vida y que en general, el curso de su existencia ostente una clara connotación negativa, y una continuidad en el daño, por el nacimiento de su hijo no deseado.

-Aunque en derecho comparado, algunos, aceptan identificar como daños indemnizables en el marco de las reclamaciones "*wrongful conception*" aquellas erogaciones pecuniarias que surgen como consecuencia directa del acaecimiento del embarazo no deseado v.g. gastos médicos de orden prenatal cuando estos sean cubiertos no por el sistema de seguridad social en salud sino por el patrimonio económico propiamente dicho de los padres; lo cierto es que estos, en el caso concreto, no se encuentran probados y por ende, es vano definir la procedencia de una indemnización patrimonial en ese sentido, sin que tampoco esté probado que por el hecho del nacimiento de su hijo menor de edad, los padres encontraran frustrado su desarrollo profesional, anexándose constancia de su entonces empleador, en el que se lee renuncia voluntaria a su puesto de trabajo y siendo incierto suponer que por el hecho de tener descendencia, las personas no logren ubicarse laboralmente.

⁶⁶www.InDret.co 03/2001, escrito por Miquel Martín Casals y Josep Solé Feliu, Facultad de Derecho, Universidad de Girona.

DETERMINACIÓN DE CONDENAS A LAS DEMANDADAS Y FRENTE A LAS LLAMADAS EN GARANTÍA/ EXONERACIÓN FRENTE AL MÉDICO GINECÓLOGO TRATANTE.

-En razón a brevedad, la Sala se remite a los argumentos arriba expuestos y relativos a que, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuno, lesivo de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y también de quienes, brindan o atienden al paciente como son las Instituciones Prestadoras de Salud o las personas naturales profesionales de la medicina en sus diferentes campos; predicándose que son todas solidariamente responsables por el daño causado; razón por la cual, se impone a Coomeva Eps y a Clínica la Estancia la obligación de indemnizar a los señores Perlaza Pino en la suma de 35 smlmv para cada uno.

-Paralelamente, se impone a las llamadas en garantía Previsora S.A. y Liberty Seguros, la obligación de pagar a los demandantes, los valores arriba reconocidos hasta el tope de los amparos cubiertos, hechas las deducciones correspondientes. Lo anterior, atendiendo que para la fecha de ocurrencia de los hechos, estaban vigentes las pólizas de responsabilidad civil números **100 1915** (vigente del 16 de abril de 2009 al 16 de abril de 2010 /Folio 215 y 351), y, **LB 206725** (Folio 173) con vigencia desde el 2009-01-01 al 2010-01-24, mediante las cuales se otorgó cobertura de responsabilidad civil para clínicas y hospitales con amparo a "errores u **omisiones profesionales**", y, sin que opere la exclusión pactada para el no cubrimiento ante "*la ineficacia de cualquier tratamiento cuyo objetivo sea el impedimento o la provocación de un embarazo o procreación*", ya que claramente, no es el supuesto que reviste la condena impuesta.

-Aunado a ello, no puede darse por sentada la exclusión de cobertura del perjuicio aquí reconocido,

pues la indemnidad, resguardo, patrimonial de los perjuicios (patrimoniales) que cause el asegurado abarca la tipología de los reconocidos, incluyendo a decir de la Corte, los extrapatrimoniales (Sentencia SC 20950-2017), que de hecho, al igual que los aquí analizados, pueden comprender el menoscabo pecuniario más significativo que soporte el asegurado, máxime cuando el perjuicio que el asegurado experimenta, siempre es de carácter patrimonial. En este sentido, se incluirá paralelamente, la condena por el pago de costas a cargo de las aseguradas en los términos previstos en el artículo 1.128 del Código de Comercio.

-Finalmente se exonerará de condena alguna al llamado en garantía Dr. Javier Pérez Puerta, al no estar comprobado que en él gravitó la culpa ante la omisión acaecida, ciertamente, lo ocurrido, fue una falta de comunicación de todo el equipo médico, sin que esta última pueda **definirse en cabeza de algún o algunos funcionarios en específico**. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de mayo de 2005, con ponencia del Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar, enseñó que *“la tendencia de la doctrina actual es hacer gravitar, en principio, la responsabilidad sobre todo el equipo como tal, entendiendo que se trata de una responsabilidad “...in solidum - consorcial “en mano común”, conjunta o colectiva, exigible al grupo o equipo como tal”, situación que impide señalar al Dr. Pérez Puerta como responsable de la omisión por la que se condenará a la entidad que lo llamó en garantía (Clínica La Estancia).*

-Se repite, la comunicación de los procedimientos a realizar de urgencia a la paciente, involucraron por lo menos, a más de cinco profesionales, sin que ninguno informara al galeno obligado a realizar la operación, que el procedimiento además de la cesárea, incluía el Pomeroy. Aunado a ello, no hay elemento de juicio distinto al dicho de los padres demandantes,

para afirmar que el Dr. Pérez Puerta, conocía la intención de la paciente de no tener más hijos, sumado a que no fue este quien diligenció el consentimiento informado y de todas maneras, está probado que no recibió enlistada la oclusión tubárica como un método de anticoncepción a ejecutar.

LA DECISIÓN:

Bajo las anteriores precisiones se revocará la sentencia de primera instancia y se condenará a la parte vencida, al pago parcial de las costas generadas en ambas instancias, conforme lo autoriza el numeral 5°, del artículo 365, del Código General del Proceso. Lo anterior, atendiendo la prosperidad de la demanda solo para los padres demandantes y no para los restantes accionantes.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN, SALA CIVIL-FAMILIA,** *"Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley",*

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada el 17 de mayo de 2018, por el JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, dentro del PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA, instaurado por MARLEN PAOLA PINO CARVAJAL, JOSE LUIS PERLAZA LÓPEZ, DEIFAN CARVAJAL DE PINO, JAIRO ANTONIO PINO HURTADO, ROSA LAURA LÓPEZ DE PERLAZA, MARÍA PAULA PERLAZA PINO Y MIGUEL ÁNGEL PERLAZA PINO, en contra de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD COOMEVA, y, CLÍNICA LA ESTANCIA obrando como llamados en garantía; el DR. JAVIER PÉREZ PUERTA, LIBERTY SEGUROS S.A. y la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.

SEGUNDO: En consecuencia, **DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por los demandados y llamados en garantía.

TERCERO: DECLARAR civilmente responsables, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento, a la IPS. Clínica la Estancia y a Coomeva E.P.S., por los daños ocasionados a los señores Marlen Paola Pino y Jose Luis Perlaza López, al vulnerar sus garantías fundamentales a la autodeterminación y libertad reproductiva.

CUARTO: CONDENAR a la IPS. Clínica la Estancia y a Coomeva E.P.S. a pagar a la señora Marlen Paola Pino Carvajal y Jose Luis Perlaza López, una indemnización por la afectación a sus derechos fundamentales, equivalente a 35 S.M.L.M.V. para cada uno.

QUINTO: NEGAR las pretensiones de los restantes demandantes y la indemnización por perjuicios diferentes a los reconocidos en el numeral anterior.

SEXTO: ABSTENERSE de imponer condenas frente al llamado en garantía por parte de Clínica la Estancia, Dr. Javier Pérez Puerta.

SEPTIMO: CONDENAR a las llamadas en garantía, Previsora S.A. y Liberty Seguros, a pagar directamente a los demandantes, los valores aquí reconocidos, hasta el tope de los amparos cubiertos y hechas las deducciones correspondientes, por medio de las pólizas de responsabilidad civil números 100 1915, y, LB 206725. De existir un excedente por cubrir, este deberá ser cancelado a los demandantes por la IPS. Clínica la Estancia y Coomeva E.P.S.

OCTAVO: CONDENAR a la parte vencida, al pago parcial (50%) de las costas generadas en ambas instancias, conforme lo autoriza el numeral 5°, del artículo 365, del Código General del Proceso, las que se liquidarán

conforme lo establece el artículo 366 del C.G.P. Como agencias en derecho en esta instancia, se fija la suma de 6 SMLMV. A voces de lo previsto en el artículo 1128 del C. de Co. las llamadas en garantía, Previsora S.A. y Liberty Seguros responderán por la condena en costas aquí realizada.

NOVENO: En firme este pronunciamiento, devolver el expediente que reposa en original, al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN