



DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
TRIBUNAL SUPERIOR SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL
MAGISTRADA PONENTE: PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
"Al servicio de la justicia
y de la paz social"

S - 059

Procedimiento: Verbal

Demandante: Alcides de Jesús Gallego Toro y/o

Demandado: Saludcoop Eps en Liquidación y/o

Radicado Único Nacional: 05001 31 03 007 2017 00287 01

Procedencia: Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín

Decisión: Revoca, modifica y confirma parcialmente.

Medellín, ocho (8) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Cuestión: Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de los demandantes y de la codemandada Saludcoop EPS en Liquidación, así como por el curador ad litem que representa al codemandado Pablo Fernando Salgado Salgado, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín el 13 de diciembre del 2022.

Temas: Responsabilidad civil médica por anticoncepción fallida, imputación.

ANTECEDENTES

Procedente del Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín, por virtud de la apelación interpuesta contra la sentencia antes indicada, ha llegado a esta Corporación el proceso verbal promovido por Norelia Estella Penagos Bedoya y Alcides de Jesús Gallego Toro contra Saludcoop EPS en liquidación, Estudios e Inversiones Médicas S.A.-ESIMED S.A., Pablo Fernando Salgado Salgado y Antonio José Vides Vides, en el cual la parte demandante dedujo como pretensiones:

«PRIMERO: Que se declare que los demandados EPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN, ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A.-ESIMED S.A., el DR. ANTONIO JOSÉ VIDES VIDES y/o el DR PABLO FERNANDO SALGADO SALGADO son contractualmente responsables, o subsidiariamente extracontractualmente responsables, de la mala lectura del resultado de espermograma, teniendo la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados a los señores Norelia Estella Penagos Bedoya y Alcides de Jesús Gallego Toro.

SEGUNDO: Que se CONDENE a los demandados...a indemnizar a los demandantes, los daños materiales en la modalidad de lucro cesante y/o daño emergente consolidado y futuro, en atención a que deben pagar a una persona para el cuidado de la menor, además de los gastos necesarios para su crianza (obligación alimentaria), de la siguiente manera:

DAÑO EMERGENTE CONSOLIDADO POR EL PAGO DE PERSONA QUE CUIDE DE LA MENOR LUCIANA GALLEGO PENAGOS y LOS GASTOS DE MANUTENCIÓN DE LA MENOR (OBLIGACIÓN ALIMENTARIA).

Causado entre el 1 de octubre de 2013 (día siguiente a la fecha de nacimiento) al 17 de mayo de 2017 (fecha de presentación de la demanda), liquidando el valor de medio salario mínimo legal mensual vigente, más 25% de prestaciones sociales, adicional a los gastos manutención de la menor (obligación alimentaria), asciende a la suma de...(\$39.214.263)...

DAÑO EMERGENTE FUTURO POR EL PAGO DE PERSONA QUE CUIDE DE LA MENOR LUCIANA GALLEGO PENAGOS HASTA QUE CUMPLA 18 AÑOS DE EDAD, LOS GASTOS DE MANUTENCIÓN DE LA MENOR...Y EL COSTO DE LOS ESTUDIOS ACADÉMICOS HASTA LA EDAD DE 25 AÑOS.

Causado entre el 17 de mayo de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2031 (fecha de cumplimiento de la mayoría de edad), liquidando el valor de medio salario mínimo legal mensual vigente más 25% de prestaciones sociales; y entre el 17 de mayo de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2038 por concepto de manutención de la menor hasta los 25 años de edad donde se incluyen gastos académicos, asciende a la suma de ...(\$131.275.846)...

TERCERO: Que se CONDENE a los demandados... a indemnizar a los demandantes los perjuicios inmateriales en la modalidad de daño moral, en la suma de 100 SMLMV para cada uno de los demandantes...

CUARTO: Que se CONDENE a los demandados... a indemnizar a los demandantes, los perjuicios inmateriales en la modalidad de daño a la vida de relación, en la suma de 100 SMLMV para cada uno de los demandantes.

QUINTO: Que se CONDENE a los demandados...a indemnizar a los demandantes los perjuicios inmateriales en la modalidad de bienes constitucional protegidos como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a auto determinarse, libertad reproductiva, en la suma de 100SMLMV para cada uno...

SEXTA: Que se CONDENE a los demandados... a la indexación de las condenas.

SÉPTIMO: Que se CONDENE a los demandados... al reconocimiento del interés moratorio a partir de la sentencia...» (sic fl.196-198 pfd. 4)

Los pedimentos reseñados hallan fundamento en los hechos que a continuación se sintetizan:

Que los señores Norelia Estella Penagos Bedoya y Alcides de Jesús Gallego Toro conviven en unión marital de hecho y, como fruto de ello, procrearon de manera voluntaria a Laura Gallego Penagos, nacida el 5 de agosto de 1999.

Que el señor Gallego Toro es padre de David Gallego Peláez, nacido el 12 de julio de 2002, quien fue concebido fuera de la unión con la señora Penagos Bedoya.

Que la pareja demandante decidió no procrear más hijos, dada su condición económica y al alto costo que les implicaría tener otro hijo a cargo, por lo que el señor Gallego Toro inició los trámites para que le fuera practicada la vasectomía, procedimiento que fue llevado a cabo en la Clínica Juan Luis Londoño de la Cuesta en el mes de agosto del 2012.

Que el médico urólogo que trataba al señor Gallego Toro le ordenó, luego del procedimiento, realizarse un espermograma de control, cuyo resultado fue entregado el 1º de noviembre del 2012, concluyéndose:

«Examen Microscópico:

Recuento: 1.3 millones mlls/mm³

Vivos: 20 millones o más

Viabilidad:

Vivos: 90%

Muertos: 10%

Morfología:

Normales: 50%».

Que el 6 de noviembre del 2012, el señor Gallego Toro acude a consulta con el médico Pablo Fernando Salgado Salgado, para la lectura del examen de espermograma de control, quien determinó:

«asiste por sus propios medios y manifiesta que le fue realizada vasectomía hace 3 meses y el urólogo le ordenó espermograma de control que viene a revisar no

ha sentido anomalías en cuanto al procedimiento quirúrgico. Espermograma que muestra 1.3 millones de un valor de referencia de 20 millones por lo que se considera vasectomía efectiva»

Que dicho médico le dio como recomendaciones: *«mantener un peso adecuado, reduzca el consumo de sal, lleve una alimentación rica en frutas y verduras disminuyendo el consumo de harinas y grasas, disminuya el consumo de bebidas alcohólicas, practique ejercicio con regularidad, evite el estrés y la ansiedad, no fume, no ingiera alcohol».*

Que el señor Gallego Toro, en abril del 2013, se practicó un nuevo espermograma, con resultados entregados el día 30 del mismo mes y año, que arrojó:

«examen microscópico:

Recuento: 7.2 millones mlls/mm³

Vr (20 millones o más)

Viabilidad:

Vivos: 80%

Muertos: 20%».

Que el 8 de mayo del 2013 el médico Antonio José Vides Vides hizo la lectura de dicho espermograma y consignó en la historia clínica del actor:

«Paciente realizó vasectomía hace 9 meses con posterior espermograma (01/11/2012) aun con recuento de espermatozoides y viabilidad. Otro espermograma (30/04/2013) aun con recuento de espermogramas y viabilidad para embarazo. Doy orientaciones a continuar utilizando métodos de planificación. Doy orden de nueva vasectomía y orientaciones».

Que pese a las recomendaciones dadas por el galeno Vides Vides, para el 8 de mayo del 2013, fecha en que tuvo lugar la citada consulta, ya la compañera sentimental del señor Gallego Toro, Norelia Estella Penagos Bedoya, contaba con 4 meses de gestación aproximadamente, de la cual nació Luciana Gallego Penagos el 30 de septiembre del 2013.

Que la señora Penagos Bedoya labora al servicio de Carnicos y Alimentos S.A.S. desde el 6 de noviembre del 2012, devengando, a la fecha de presentación de la demanda, \$652.900,00 mensuales.

Que el señor Gallego Toro no labora ni recibe pensión o renta que le permita asumir los gastos familiares y, debido a su estado de salud, no le es posible velar por el cuidado de sus hijos menores de edad mientras la señora Penagos Bedoya labora.

Que el nacimiento de Luciana Gallego Penagos afectó considerablemente la economía del núcleo familiar y ha generado a los demandantes preocupaciones y aflicciones, ya que no tienen como solventar las necesidades básicas de la menor.

Que los demandantes han visto afectada su relación con las demás personas, el libre desarrollo de su personalidad, su derecho a auto-determinarse, su dignidad, en conexidad con su libertad reproductiva y el derecho a la información adecuada y correcta, ya que se les impidió desarrollar el plan de vida y de familia que habían considerado.

RÉPLICA

El juzgado admitió la demanda por auto del 13 de julio del 2017 (fl. 216 pdf.4). Por tanto, notificada la parte demandada procedió a contestarla de la siguiente manera:

-Antonio José Vides (pdf.8)

En cuanto a los hechos de la demanda, su vocero judicial aceptó que el señor Gallego Toro fue atendido el 8 de mayo del 2013 por el galeno Antonio José, para examinar el resultado del espermograma que le fue realizado el 30 de abril del 2013. Explicó que, como efecto de dicha atención, se le manifestó al demandante que debía continuar utilizando métodos de planificación, a la vez que le ordenó una nueva vasectomía al persistir el recuento de espermatozoides y la viabilidad de producir embarazo. Afirmó que no le constan a su representado las atenciones y recomendaciones dadas por el médico Pablo Fernando Salgado Salgado, y se opuso a las pretensiones formulando las «excepciones de mérito» de «falta de legitimación en la causa por pasiva», apoyada en que el médico no participó en la vasectomía realizada al señor Gallego Toro y que para la fecha en que lo atendió en consulta médica, la señora Penagos Bedoya ya se encontraba en embarazo. También opuso las de «ausencia de culpa»; «adecuada práctica médica-cumplimiento de la lex artis»; «inimputabilidad del daño»; «riesgo

inherente de todo procedimiento médico»; «ausencia de nexo causal» e «indebida y exagerada tasación de perjuicios».

-Estudios e Inversiones Médicas S.A. –ESIMED S.A.- (pdf. 09)

Su mandataria judicial se pronunció en términos de oposición a la prosperidad de las pretensiones, para lo cual manifestó que a ESIMED S.A., más allá de lo que se advierte en la historia clínica del señor Gallego Toro, no le constan las circunstancias fácticas descritas en la demanda. En tal sentido, propuso «excepciones de mérito», iniciando por la de «falta de legitimación en la causa», principalmente afinada en que a partir del 15 de octubre del 2015 ESIMED S.A. adquirió derechos y obligaciones frente a los pacientes que atendía la Clínica Juan Luis Londoño (donde se practicó la vasectomía al codemandante), ya que con anterioridad a dicha fecha la clínica se encontraba en cabeza de la Corporación IPS Saludcoop, razón por la que, señaló, corresponde a esta última responder por los hechos que se denuncian en este proceso. Así mismo propuso las de «fuerza mayor y caso fortuito»; «ausencia de falla en el servicio por parte de la Clínica Juan Luis Londoño»; «inexistencia de nexo causal...»; y «necesidad de la prueba de la culpa».

-Curador ad litem de Pablo Fernando Salgado Salgado (fl.544-548 pdf. 14)

Dio por ciertos los hechos coincidentes con lo reportado en la historia clínica del señor Gallego Toro, mas dijo no constarle los restantes. Se resistió a las pretensiones y, en defensa de su agenciado, argumentó que no existe nexo causal entre la acción del médico Salgado Salgado y el daño antijurídico, en tanto que este no fue quien practicó la vasectomía al actor, limitándose su actuar a la lectura e interpretación del espermograma que le fue realizado.

-Saludcoop EPS en Liquidación (fl.513 pdf.10)

Fue notificada por aviso, pero guardó silencio respecto a los hechos y pretensiones expuestos en su contra.

DESISTIMIENTO DE LAS PRETENSIONES (pdf. 37)

En desarrollo de la audiencia inicial de que trata el artículo 372 del CGP, la parte demandante desistió de las súplicas contra Antonio José Vides, lo cual fue aceptado por el despacho sin imponer condena en costas por así haberlo convenido los interesados.

SENTENCIA IMPUGNADA

Trabada la relación procesal y evacuado el trámite pertinente, el juzgado de origen profirió sentencia estimatoria de las pretensiones.

Para decidir de la manera como lo hizo, el juzgador comenzó planteando como problemas jurídicos a resolver los consistentes en: *«determinar si el acto reprochado...se realizó conforme a la lex artis ad hoc, o si, por el contrario, este se realizó obviando el deber objetivo de cuidado»* y, en caso afirmativo, *«determinar si el actuar negligente o culposo le es atribuible a los demandados»* para luego examinar la estructuración de los perjuicios y sus cuantías.

Centrado en las resultas de los antedichos problemas jurídicos, realizó algunas consideraciones jurisprudenciales en torno a los elementos estructurales de la pretensión de responsabilidad médica, sosteniendo que los mismos se reducen al hecho culposo, cuya acreditación corresponde al demandante; el daño antijurídico y el nexo causal.

Agregó que uno de los deberes que recae sobre los profesionales de la salud y que debe atenderse en todo el acto médico, es el deber de información, vinculado al consentimiento informado, del cual se deduce que al paciente deben comunicarse los riesgos asociados al tratamiento o procedimiento que ha de practicársele, a la vez que las alternativas médicas, a fin de que sea este quien de forma voluntaria decida continuar o disentir de la terapéutica médica.

Destacó que la ginecobstetricia no ha sido ajena a la responsabilidad civil, de ahí que haya sido examinada, entre otros eventos, cuando un acto médico equivocado ha conllevado a la concepción y posterior nacimiento no deseado. Así, a partir de doctrina foránea, aludió a las acciones derivadas del nacimiento de un hijo no querido que, aun naciendo sano, es producto de fallas en los medios anticonceptivos temporales o definitivos, bien porque se produzca la concepción

cuando de acuerdo a la ciencia médica debería ser improbable o que, siendo probable, el paciente no haya sido debidamente informado de ello.

Aludió que la doctrina más especializada ha establecido que distintos tipos de perjuicios se pueden materializar cuando a causa de una esterilización fallida, se produce el embarazo y posterior nacimiento. Dijo que en estos eventos se han planteado dos variantes que podrían generar responsabilidad: cuando la esterilización se practica de forma negligente, no se informa sobre los posibles fallos que de ordinario se presentan ni las medidas de anticoncepción adicionales que deben tomarse después de realizado el procedimiento de anticoncepción. Y cuando el embarazo no se ha detectado a tiempo y se imposibilita su interrupción.

Añadió que el perjuicio no se extrae del acaecimiento de la vida del niño no deseado y que lo indemnizable son los menoscabos patrimoniales o extrapatrimoniales que se derivan de la concepción que se quiso evitar, pero que tuvo lugar por la negligencia médica. Y que más allá de generarse un daño moral, se está ante una lesión de un interés de rango constitucional como lo es el desarrollo de la libre personalidad, materializada, en este caso, en la libertad de procrear.

Aludió a los bienes jurídicos de naturaleza constitucional, como categoría autónoma de daño indemnizable. Y que de acuerdo a lo enseñado por la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia los bienes protegidos por el derecho no están expresamente consagrados en la ley, pues el ordenamiento ha dejado abierta la posibilidad para que sean los jueces quienes determinen que eventos son susceptibles de considerar como daño resarcible. Además, que ha sido la jurisprudencia civil la que de manera progresiva ha venido incluyendo nuevas categorías de daños, como son los causados a los bienes jurídicos de rango constitucional, entre ellos la libertad reproductiva a que alude el artículo 42 de la C.P., en asocio con el libre desarrollo de la personalidad.

Al adentrarse en el estudio de la situación concreta, aclaró que de la historia clínica del demandante Gallego Toro, se advierte que el 1º de noviembre del 2012 le fue realizado un espermograma de control tras haberse sometido a una vasectomía en agosto del 2012, misma que, según el examen microscópico, arrojó un resultado que al ser analizado por el médico Pablo Fernando Salgado Salgado, el 6 de noviembre del 2012, daba cuenta que la vasectomía había sido

efectiva. Dio por probado que el 30 de abril de 2013, el señor Gallego Toro, acudió nuevamente y de forma voluntaria a la realización de un segundo espermograma, el que luego de analizarse por el médico Antonio José Vides Vides, el 8 de mayo del 2013, condujo a que este expresara en la historia clínica que existía viabilidad para el embarazo, motivo por el que orientó al paciente sobre la utilización de métodos de planificación y le expidió orden médica para nueva vasectomía. En iguales términos encontró acreditado que conforme a la historia clínica de Norelia Estella Penagos, el 30 de septiembre del 2013 nació viva la hija de los demandantes, a quien llamaron Luciana Gallego Penagos, la que según la prueba de paternidad que milita en el expediente, fue conteste en que el señor Gallego Toro tienen un 99,99% de probabilidad de ser el padre de la menor.

Concluyó, a partir del análisis del segundo espermograma realizado al demandante y el dictamen pericial decretado y practicado en este proceso, que el error médico atribuido a los demandados sí se presentó, concretamente porque el médico Pablo Fernando Salgado Salgado realizó una lectura equivocada del primer espermograma, expresando en el historial médico del actor que la vasectomía había sido exitosa, cuando no lo fue, y, asimismo, por haber omitido informarle sobre los posibles riesgos de producir el embarazo y ordenarle la realización de un nuevo espermograma. Dijo que, como efecto de dicho equivoco, los demandantes no adoptaron ningún medio para evitar el embarazo de la señora Norelia Estella Penagos Bedoya, lo cual devino en la trasgresión de su derecho a ejercer la libertad reproductiva, como consecuencia de la inadecuada información sobre el éxito de la cirugía de vasectomía.

Finalmente, declaró probada la falta de legitimación en la causa de ESIMED, dado que esta no fungió como IPS encargada de la intervención al demandante, como sí lo fue la IPS Saludcoop, quien estaba a cargo de la Clínica Juan Luis Londoño. Declaró civilmente responsables a Pablo Fernando Salgado Salgado y a la EPS Saludcoop –en liquidación- y no probadas las demás excepciones planteadas por la parte demandada. Por lo tanto, condenó a Pablo Fernando Salgado Salgado y a la EPS Saludcoop –en liquidación- a pagar a los demandantes los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, salvo el daño emergente relativo al cuidado de Luciana Gallego Penagos y por la manutención que esta requiera entre los 18 y 25 años de edad. En consecuencia, reconoció a cada uno de los demandantes las siguientes sumas:

«-cuarenta (40) SMLMV...por la afectación a un bien constitucionalmente protegido.
-veinte (20) SMLMV...por perjuicio moral.
-veinte (20) SMLMV...por daño a la vida en relación
-\$143.531.067 por daño emergente consolidado y futuro» referido a la manutención de Luciana Gallego Penagos hasta alcanzar su mayoría de edad.

IMPUGNACIÓN

En la audiencia que puso fin a la primera instancia los apoderados judiciales de los demandantes y de la codemandada Saludcoop EPS en Liquidación, así como el curador ad litem que representa al codemandado Pablo Fernando Salgado Salgado, interpusieron apelación y, dentro de los tres (3) días siguientes a la realización de la misma, presentaron los escritos contentivos de los reparos, así:

-Saludcoop EPS en liquidación (pdf. 81).

PRIMERO. Que dentro del análisis del acervo probatorio no quedó demostrada sumariamente la responsabilidad de la de la EPS Saludcoop en Liquidación. Y, aunque el despacho manifiesta que quedó demostrada la responsabilidad solidaria por parte de la EPS Saludcoop en Liquidación, considera que no se acreditó dentro del proceso que esta no cumpliera con las obligaciones que como Entidad Promotora de Salud le asistía. Que su representada fue diligente al emitir las autorizaciones médicas correspondientes y prestar el servicio oportunamente a través de las IPS de la red. Que no se configuró un actuar negligente o culposo en la prestación del servicio, porque tal como quedó registrado en la historia clínica se cumplió en el deber de información sobre el método definitivo seleccionado por el señor Alcides Gallego, las consecuencias y cuidados que debían tener, lo cual quedo registrado en la historia clínica al momento de la asesoría que tuvo previa al procedimiento, por lo que no se puede afirmarse que se vulneraron el derecho de autodeterminación y libertad reproductiva.

Que el despacho no puede inferir que el segundo espermograma fue realizado de manera voluntaria por el señor Gallego Toro y desconocer que para estos exámenes dentro del sistema de seguridad social requiere de orden médica y autorización de servicios por parte de EPS, esto es que el demandante se realiza el segundo espermograma por orden médica para asistir a segundo control.

Que tampoco puede desconocerse lo manifestado por la médico perito respecto

a la condición médica de recanalización que se presenta en muchas ocasiones, pues tal como está consignado en el dictamen se puede producir «una recanalización espontánea en uno o ambos conductos deferentes que son los que se ocluyen durante la vasectomía, lo que ocurre porque los hombres producen espermatozoides toda la vida y a veces los espermatozoides tratando de salir forman conductos microscópicos o pequeñas fístulas que luego se van agrandando hasta dejar que pasen más espermatozoides”.

Que lo anterior permite concluir que existen condiciones clínicas que pudieron incidir en la presentación del embarazo no deseado en la señora Norelia Estella Penagos. Resultado que no corresponde a un actuar médico imperito o negligente y que tampoco puede ser endilgado a su representada.

SEGUNDO. Cuestionó la tasación de los daños y la estimó excesiva, porque no hay prueba concluyente sobre los perjuicios causados ni las afectaciones sufridas por los demandantes con el nacimiento de Luciana Gallego Penagos, dando por ausente el nexo de causalidad. Que los perjuicios materiales pretendidos no corresponden a la realidad ya que las cifras están abiertamente sobreestimadas; y la discrecionalidad del operador judicial para tasar los perjuicios morales tiene como límite las condiciones particulares de la víctima y la gravedad objetiva de la lesión.

-La parte demandante (pdf. 82)

PRIMERO. Manifestó que hubo indebida absolución del daño emergente futuro por concepto de gastos de estudios académicos de Luciana Gallego Penagos. Porque, a su juicio, es equivocado que el *a quo* haya determinado que al no poderse establecer si la joven Luciana Gallego Penagos cursará estudios superiores, no sería posible su reconocimiento, en tanto que la obligación alimentaria establecida en el Código Civil se refiere a todo lo necesario para el desarrollo, formación integral y la educación del alimentario.

Dijo que si bien podría ser incierto el acceso a la educación superior de la joven Luciana, sí existe en cabeza de sus progenitores el deber de garantizar dicho acceso, el cual ha sido concebido por estos como una clara obligación a su cargo y una fuente cierta de egreso a futuro, que debe ser reconocida, incluso por intermedio de figuras como la fiducia.

SEGUNDO. Que el señor juez limitó el reconocimiento del daño emergente futuro hasta el cumplimiento de los 18 años de edad de la joven Luciana Gallego Penagos; olvidando que la cesación de las obligaciones del alimentante no puede ser inmediata, ya que en el caso de que el hijo se encuentre estudiando la obligación persiste mientras no terminen las condiciones que dieron lugar a su fijación o, por lo menos, hasta los 25 años de edad, tal como jurisprudencialmente se ha reconocido.

TERCERO. Que la tasación del daño moral, a la vida de relación y a los bienes jurídicos de especial protección constitucional debe aumentarse, ya que la cuantificación realizada por el juzgado en favor de los demandantes, no se compadece con los topes máximos concebidos en la jurisprudencia para casos similares al que nos convoca.

-Curador ad litem de Pablo Fernando Salgado Salgado (pdf.83).

PRIMERO. Sostuvo que no existe nexo causal entre los actos del demandado y el hecho que produjo el presunto daño, ya que ningún método anticonceptivo es 100% eficaz, afirmación que colige a partir de las declaraciones del perito actuante en el proceso, misma que aseguró que a pesar de la utilización de cualquier método anticonceptivo, definitivo o no, existe la posibilidad de procrear si se sostienen relaciones sexuales, como sucedió en este caso.

SEGUNDO. Que la historia clínica firmada por su representado no expresa que la vasectomía realizada al demandante fue exitosa, sino efectiva, que significa que tiene un efecto esperado, pero no infalible, prueba de lo cual es que el demandante volvió a realizarse el examen de espermograma en el cual se pudo evidenciar con mayor claridad que la vasectomía había sido fallida.

TERCERO. Que el médico Salgado Salgado no es urólogo especialista, por lo cual la supuesta responsabilidad sobre la eficacia de la vasectomía debe recaer completamente en la EPS, responsable del servicio ante el demandante.

CUARTO. Que el conocimiento informado supuestamente vulnerado por el galeno, fue protegido antes de la vasectomía y después de la misma, teniendo en cuenta que se le informó en todo momento que la intervención pudiera no ser efectiva. Tanto que se le ordenó realizar exámenes postoperatorios para evaluar la eficacia de la misma y, pese a ello, los demandantes continuaron sosteniendo

relaciones sexuales con el resultado reproductivo que origina el presente proceso.

QUINTO. Que la sentencia recurrida está fuera de toda proporción por hacer responsable al médico por la manutención de la hija de los demandantes.

SEXTO. Que la medicina es una actividad de medios y no de resultados, en manos de profesionales de la salud que laboran por vocación y el bienestar general, sin que la justicia pueda desprotegerlos con una severidad al momento de hacerles responsables por un diagnóstico desacertado, que no constituye una conducta dolosa a la hora de su valoración en el daño y las actividades realizadas.

DE LA "SUSTENTACIÓN" EN ESTA INSTANCIA

El recurso de apelación fue admitido mediante auto fechado el 31 de enero del 2023. El día 9 de febrero pasado las mandatarias de la parte demandante y la EPS Saludcoop en Liquidación, allegaron vía correo electrónico los memoriales de sustentación, con los cuales se acompañó constancia de haber agotado el trámite previsto en el parágrafo del artículo 9º de la ley 2213 del 2023.

-La parte demandante (pdf.5 C.2)

Reiteró lo expresado en los reparos y añadió que conforme con el artículo 422 del Código Civil, la obligación alimentaria de los padres, en principio, rige para toda la vida del alimentario, siempre que permanezcan las circunstancias que dieron origen a su reclamo. Que el inciso segundo de dicha norma indica que los alimentos se deben hasta que el menor alcance la mayoría de edad, a menos que tenga un impedimento corporal o mental o se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo. Hizo mención a que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han considerado que *«se deben alimentos al hijo que estudia, aunque haya alcanzado la mayoría de edad, siempre que no exista prueba de que subsiste por sus propios medios»* y para sustentar reseñó las sentencias T-192 de 2008, T-285 de 2010 y sentencia de tutela, Exp.632. Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia.

Arguyó que la edad razonable para el aprendizaje de una profesión u oficio es la de 25 años y citó la sentencia C-451 de 2005, atinente a que la edad de 25 años *«viene a ser un criterio razonable ya que para ese momento los hijos dependientes de sus padres cuentan, por lo general, con una profesión u oficio»*

que les permite lograr su independencia económica y proveerse su propio sustento...». Que respecto a la obligación alimentaria cuando los hijos son mayores de edad, pero se encuentran estudiando, la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 22 de noviembre de 2000, se refirió al tema de la siguiente manera: «Se deben alimentos necesarios al hijo que estudia, aunque haya alcanzado mayoría de edad, porque sin dunda está inhabilitado para subsistir de su trabajo. Si la imposición de la cuota alimentaria supone la preexistencia de un derecho en cabeza del alimentario, desaparecido el derecho desaparece la obligación correlativa».

La argumentación restante, alusiva al daño emergente futuro y al monto de los perjuicios, fue generalmente idéntica a la descripción hecha en los reparos, adicionándose, solamente, que en la cuota alimentaria se deben incluir no solo los alimentos, sino también los costos de vivienda (arriendo, servicios), educación, salud, vestuario, recreación, transporte y todo lo que se necesite para el desarrollo integral, en este caso de una hija.

-Saludcoop EPS en Liquidación (pdf.7 C.2)

Reiteró, en esencia, lo aludido en los reparos, para afirmar que no quedó demostrado dentro del proceso que no se cumpliera con las obligaciones que a ella correspondían como EPS, ya que garantizó al señor Gallego Toro y a su esposa la atención médica especializada para su necesidad de planificación familiar, autorizando el procedimiento de vasectomía y su práctica en una IPS con amplia experiencia sobre el tema y con un profesional idóneo en la materia.

Explicó que los daños alegados por los demandantes no pueden endilgársele, dado que no es la EPS la encargada de las medidas terapéuticas definidas para un paciente, sino el médico tratante, quien tiene la liberalidad y criterio para determinar el tratamiento de un paciente, como ocurrió en el caso particular.

Insistió en que no se configuró un actuar negligente o culposo en la prestación del servicio, porque tal como quedó registrado en la historia clínica del actor, se cumplió en el deber de información sobre el método definitivo seleccionado, las consecuencias y los cuidados que debía tener; de allí que mal pueda sostenerse que a los demandantes se les vulneró su derecho a la autodeterminación y a la libertad reproductiva.

En el mismo sentido se refirió a los perjuicios y a su tasación, la que consideró excesiva. Iteró que el resarcimiento del daño, en su modalidad de daño emergente y más aún, tratándose del calificado como «futuro», resulta viable en cuanto en el expediente se registre prueba concluyente y demostrativa de la verdadera entidad y extensión cuantitativa del mismo, pues siguiendo la jurisprudencia, «[e]n caso contrario, se deben rechazar conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido (CSJ SC11575-2015, Rad. 2006-00514-01)».

Nuevamente remarcó que en el plenario no obra prueba determinante para esclarecer la configuración de los perjuicios, tanto más si se tiene en cuenta que en la etapa probatoria no se presentó dictamen alguno que los pudiera ampliar o confirmar. Y que, ante la ausencia de la referenciada prueba, las pretensiones se encuentran basadas única y exclusivamente en el arbitrio de la apoderada de los demandantes.

Dijo que la discrecionalidad del operador judicial para tasar los perjuicios morales tiene como límite las condiciones particulares de la víctima y la gravedad objetiva de la lesión, las que deben ser apreciadas por sus manifestaciones externas.

En cuanto a los perjuicios materiales deprecados en la demanda, mencionó que el daño debe ser probado, requiriéndose de todos los elementos probatorios necesarios que demuestren la disminución en el patrimonio del sujeto. Y que, teniendo como base la prueba obrante en el expediente, resulta claro que los demandantes no han demostrado la configuración de los perjuicios ni la relación de causalidad entre las actuaciones administrativas desplegadas por Saludcoop EPS, hoy liquidada, y el presunto daño.

-Curador ad litem de Pablo Fernando Salgado Salgado, omitió sustentar el recurso por el interpuesto.

DE LA SOLICITUD DE DESVINCULACIÓN DE LA EPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN.

La mandataria judicial de la EPS aludida, con posterioridad a su sustentación,

solicitó la desvinculación de su representada, como quiera que mediante Resolución 2083 del 24 de enero del 2023 se declaró terminada su existencia y representación legal y se especificó que no existe subrogatario legal, sustituto procesal, patrimonio autónomo o cualquier otra figura jurídico procesal que surta los mismos efectos, sin perjuicio de los activos contingentes y remanentes que se discuten judicial y administrativamente.

Frente a tal pedimento corresponde indicar que la extinción de una persona natural o jurídica, durante el curso del proceso, solo genera los efectos procesales descritos en el artículo 68 del CGP para la sucesión procesal, mas no como lo pretende la solicitante, la desvinculación de la misma, menos aún para que se disponga la culminación del asunto frente a quien ha cesado en sus facultades físicas y jurídicas. Al respecto prescribe el artículo 68 del CGP, en lo pertinente:

«Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran».

Cobra vigor lo que la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia expuso en sentencia STC1561 del 2016, al analizar el artículo 60¹ del derogado CPC, disposición de similar contenido al artículo 68 del CGP:

«Sobre la aludida institución jurídica [de la sucesión procesal] la Corte Constitucional señaló en la sentencia T-553 de 2012 que (...) *conforme a la doctrina, esta figura procesal no constituye una intervención de terceros, sino un medio encaminado a permitir la alteración de las personas que integran la parte o quienes actúan en calidad de intervinientes (...)* **Adicionalmente, se advierte que esta institución por ser un fenómeno de índole netamente procesal, tampoco modifica la relación jurídica material, por tanto, continúa igual, correspondiéndole al funcionario jurisdiccional pronunciarse sobre ella como si la sucesión procesal no se hubiese presentado.** Por eso, la sucesión procesal no entraña ninguna alteración en los restantes elementos del proceso. Además, el sucesor queda con los mismos derechos, cargas y obligaciones procesales que su antecesor. Aunque, el sucesor tiene el deber adicional de presentarse al proceso para que el juez le reconozca su calidad.

(negrita fuera de texto original)

¹ Cfr. «...Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran...».

Visto el entendimiento que debe hacerse al instituto de la sucesión procesal, se advierte que la extinción de Saludcoop EPS, no compele al finiquito de lo aquí actuado en su contra, más aún cuando la decisión que por vía de apelación se estudia, se reduce al desenlace de la relación jurídico material que litigan las partes por intermedio de una defensa técnica que se halla vigente.

PROBLEMAS JURÍDICOS CONCRETOS

A partir de los lineamientos que enmarca el escenario fáctico y jurídico del caso, pueden plantearse los problemas centrales que debe abordar la Sala en esta ocasión:

1. ¿Incumplió el médico Pablo Fernando Salgado Salgado con el débito informativo al señor Alcides Gallego Toro durante la etapa posoperatoria a la vasectomía que le fue practicada?
2. De ser afirmativa la respuesta al anterior planteamiento, deberá la Sala resolver:
 - ¿Se vulneraron a los demandantes sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación reproductiva?
 - ¿La trasgresión a esos derechos generó a los actores daños materiales e inmateriales susceptibles de indemnizar?
3. ¿Saludcoop EPS en liquidación es solidariamente responsable de los daños causados por los prestadores del servicio de salud contratados para la atención de sus afiliados?

Para tal efecto se procede con base en las siguientes

CONSIDERACIONES

1. De la sustentación del recurso de apelación.

Según el artículo 12 de la ley 2213 de 2022, «[e]jecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes». Empero, lo anterior debe entenderse en armonía con lo considerado por la Corte en la sentencia

STC5569-2021 del 19 de mayo de ese año², en la que recogió la postura que venía sosteniendo desde la sentencia STC3472-2021 (7 abril, rad. 00837-00), en tanto que cuando se trata de recursos de apelación interpuestos y tramitados en vigencia del decreto 806, la mayoría de los Honorables Magistrados que integran esa Corporación consideró lo siguiente:

*«en vigencia del Código General del Proceso, declarar desierta la apelación cuando la parte recurrente deja de asistir ante el ad-quem a sustentarla, tiene fundamento exclusivo en el sistema de oralidad que gobierna el comentado estatuto (criterio respaldado por la Corte Constitucional en SU-418/19), al devenir improbable la sustitución de las 1 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de tutela STC5569-2021 del 19 de mayo de 2021. Radicado 11001-02-03-000-2021-01407-00. M.P. Aroldo Wilson Quiróz Monsalvo. 21 intervenciones orales por escritas; **sin que, por obvios motivos, tal razonamiento tenga cabida cuando en el rito respectivo prevalece lo escritural, como sucede con la vigencia del decreto 806 de 2020, al estarse aquí frente a una formalidad innecesaria en caso de haberse sustentado desde la primera instancia, merced a que esta última norma, insístase, no busca velar por la oralidad».***

(negrita fuera del texto original)

Luego, cuando al momento de introducir el recurso el apelante no solo exprese los reparos concretos en contra de la sentencia de primera instancia, sino que los sustente a través de una suficiente exposición ante el a-quo, se abre paso para que en segunda instancia se desate la alzada, porque así se cumpliría la carga de que trata el inciso final del artículo 327 del C.G.P, ahora en armonía con el pasaje jurisprudencial mencionado.

2. De la responsabilidad civil del médico y la solidaridad de la institución a que está adscrito.

Al profesional de la salud le es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte *-lex artis ad hoc-*, sobre él gravitan prestaciones concretas sin llegar a un extremo rigor de catalogarla como el ejercicio de una actividad peligrosa, en consideración a la notable incidencia de la medicina en la vida, salud e integridad de las personas; en este contexto la responsabilidad del médico, por regla general, no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa probada – asentado en una responsabilidad subjetiva –, desde luego no como aquel error en el que no hubiese incurrido una persona prudente y diligente en iguales circunstancias en las que se encontraba el agente que causó

² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de tutela STC5569-2021 del 19 de mayo de 2021. Radicado 11001-02-03-000-2021-01407-00. M.P. Aroldo Wilson Quiróz Monsalvo.

el daño, sino en razón de aquellas obligaciones y deberes de conducta específicos que le son exigibles a un profesional.

Puntualmente, la jurisprudencia del Tribunal de cierre de la justicia ordinaria, tratando el tema de las obligaciones y los deberes que los galenos asumen, ha señalado de forma invariable, lo siguiente:

«(...) Con relación a las obligaciones que el médico asume frente a su cliente, hoy no se discute que el contrato de servicios profesionales implica para el galeno el compromiso si no exactamente de curar al enfermo, sí al menos de suministrarle los cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los datos adquiridos por la ciencia, (...). Por tanto, el médico tan sólo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación.»³»

Por lo tanto, la responsabilidad civil médica, como especie de responsabilidad profesional que es, está sujeta a los deberes y obligaciones que tal profesión demanda, de ahí que si en las fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los demás presupuestos necesarios para toda responsabilidad civil, hay lugar a la indemnización plena de los perjuicios.

Con todo, es claro entonces que las acciones indemnizatorias que van dirigidas frente al proceder de un profesional de la salud, están gobernadas por el principio probatorio que establece el artículo 167 del Código General del Proceso, por lo que es carga del demandante acreditar sus elementos estructurales, entre ellos, la culpa del facultativo y el nexo causal entre el acto médico y el daño.

Finalmente, aclárese que ha sido constante la línea en la cual se sostiene que tratándose de daños causados en el desarrollo de la prestación del servicio de salud, en cuyo entramado participan Entidades Promotoras e Instituciones Prestadoras de Salud, Clínicas, hospitales y médicos,⁴ **cuando se ocasiona el daño por varias personas o, en cuya causación intervienen varios agentes o autores, todos son solidariamente responsables frente a la víctima** (art. 2344, Código Civil).

³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación del 30 de enero de 2001. Ex. 5507. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 20 de junio de 2016. Rad.11001-31-03-039-2003-00546-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

Esa postura se viene sosteniendo incluso desde que la **Corte Suprema de Justicia mediante la Sentencia de Casación del 30 de enero de 2001 (Ex. 5507 M.P. José Fernando Ramírez Gómez)** expuso que la actuación del galeno hace solidariamente responsable a la clínica u hospital al cual se adscribe, en atención a los deberes *in eligendo* e *in vigilando* que nunca le dejan de ser obligatorios por el solo hecho de no ejecutar materialmente la atención médica.

Además, la línea decisoria pasa, entre muchas otras, por las sentencias del 11 de septiembre de 2002 (M.P. José Fernando Ramírez. Exp. 6430), 17 de noviembre de 2011 (M.P. William Namén Vargas Ref. 1999-00533-01), 18 de mayo de 2005 (M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Exp. 14415), y se recoge en la proferida el 30 de septiembre de 2016 en cuyo texto así se explican magistralmente las razones que la sostienen:

«[E]l rompimiento de los moldes clásicos en los que se enmarcaba el ejercicio de la medicina como profesión liberal, caracterizada por las obligaciones emanadas de la relación médico-paciente, ha hecho que el esquema de la responsabilidad civil fundado en la culpa individual se muestre insuficiente frente a las reclamaciones por daños a la salud producidos por la estructura organizacional de las entidades del sistema de seguridad social, pues bajo este nuevo modelo surge una amplia gama de problemas que ameritan una solución distinta a la luz del paradigma de sistemas⁵».

3. Del riesgo inherente en la práctica de un procedimiento médico, el consentimiento informado y la obligación de información médica.

Aunque el ejercicio de la profesión médica no puede catalogarse como actividad riesgosa, es indiscutible que el acto médico es intrínsecamente aleatorio y, por lo mismo, hay riesgos consustanciales a él, pues en la práctica de cualquier tratamiento terapéutico entran en juego factores de diversa naturaleza como la etiología y gravedad de la enfermedad, la evolución de la misma o las condiciones propias del afectado, entre otros.

Desde luego que la medicina, protectora natural del enfermo, es un arte que se ejerce en procura de la conservación o mejoramiento de la salud, y en pos de ello el paciente acude donde el galeno para curar sus lesiones, prevenir o tratar una enfermedad o paliar en algo su dolor. Sin embargo, es el paciente, y solo él, quien en definitiva asume los posibles factores adversos que se deriven del tratamiento

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. *Sentencia del 30 de septiembre de 2016*. Rad. 05001-31-03-003-2005-00174-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

médico, siempre que el galeno hubiese actuado conforme al estado del arte *-lex artis ad hoc-*, es decir, que de su conducta terapéutica no se advierta un desvío culposo en el diagnóstico, el tratamiento empleado o en el acto en sí ejecutado, pues se entiende que al aceptarlo y autorizarlo, consiente también en las consecuencias que de aquel se pueden derivar.

De allí nace entonces el débito del médico de informar al paciente del resultado de la exploración y hallazgos físicos, del diagnóstico establecido, del tratamiento terapéutico aconsejable a realizar, las diferentes técnicas existentes para llevarlo a cabo, así como los posibles riesgos y complicaciones de cada uno de ellas, e incluso de las consecuencias de no realizarse ninguno de los procedimientos recomendados. Esta obligación, establecida en el artículo 15 de la Ley 23 de 1981 y reglamentada por el Decreto 3380 del mismo año -Código Deontológico Médico-, se le ha conferido un amplio relieve por la doctrina y la jurisprudencia más especializada, fundamentalmente en las intervenciones quirúrgicas o tratamientos complejos e invasivos.

Tales disposiciones normativas preceptúan, respectivamente, lo siguiente:

*«[E]l 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 síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.
(...)»*

El médico cumple la advertencia del riesgo previsto, a que se refiere el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 23 de 1981, con el aviso que en forma prudente, haga a su paciente, o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, puede llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico.»

Naturalmente que la relación médico-paciente es por su propia índole *asimétrica*, pues el paciente es quien acude al facultativo ante el desconocimiento, de lo que sucede con su organismo, de ahí que su asesoramiento se erija como uno de los deberes de primer orden de cara al paciente, sus familiares o allegados, a efectos de instruirlo de forma suficiente, concienzuda y clara acerca de su estado de salud, el pronóstico razonable de su evolución, el tratamiento aconsejable, las complicaciones y posibles riesgos que la literatura médica ha previsto y en general de toda la información que sea **relevante** para que el paciente tome la decisión

de prestar o no su asentimiento en la práctica médica que sugiere el galeno. Eso incluye, claro está, explicarle cuáles son las diferentes técnicas quirúrgicas que existen para intervenir su patología, con las particularidades que de cara al riesgo cada una comporta.

Ese deber de requerir el consentimiento informado del paciente, ha sido objeto de profundos análisis, como el expuesto por el connotado jurista Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, señalando sobre el particular:

«[E]n términos generales, lo que se persigue con la ejecución del débito informativo, es que el médico, sabedor del desconocimiento técnico-científico por parte de su paciente -in actus o in futurum-, le suministre oportuna y fidedigna información que, objetivamente, le permita identificar o elucidar una serie de aspectos para él cruciales y decisivos y, de paso, así sea de alguna manera, paliar la desigualdad existente, en lo que a ilustración técnica y científica concierne, todo con fundamento en el acrisolado principio de la buena fe⁶».

Y en ese mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia (**sentencia del 24 de mayo de 2017. Rad. 05001-31-03-012-2006-00234-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona**), citando a su homónima Constitucional, ha considerado que:

«[E]n consecuencia, deónticamente, el consentimiento informado en materia de responsabilidad médica, tiene la categoría de principio autónomo. Ello es relevante en tanto al elevar su naturaleza jurídica a la categoría de principio, su alcance normativo cobra efectos interpretativos diferentes en relación (ponderación) con otros principios constitucionales y en la garantía de ciertos derechos fundamentales...»

Se trata por tanto, como se acaba de decir, de un verdadero **principio** autónomo, **de un deber primario**, por ende no puede tenerse como integrante de los «deberes secundarios de conducta». Tanto es así que la jurisprudencia ha convenido en que:

«[N]o se trata, ni de lejos, de un mero formalismo, como quiera que los negocios jurídicos de esta especie -y así el acto médico obrase exclusivamente en cumplimiento de un deber legal-, recae nada más ni nada menos que sobre la vida, la salud y la integridad corporal de las personas, por manera que el carácter venal que de suyo caracteriza los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos de derecho privado, en este escenario se ve, por fortuna, superado por el humanístico que es propio de la actividad

⁶ Cfr. JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica, p. 224.

*médica. Más que un mercado o una clientela que cultivar, los posibles usuarios de los servicios médicos, incluyendo los meramente estéticos o de embellecimiento, son ampliamente acreedores de un trato acorde con la naturaleza humana, **de modo que la obtención de su consentimiento para la práctica de un acto médico exige el que, en línea de principio, se le haga cabalmente conocedor de todas las circunstancias relevantes que puedan rodear la actuación del médico, obviamente en la medida en que este las conozca o deba conocerlas.***» (sentencia del 19 de mayo diciembre de 2005. Rad. 05001 3103 000 1996 5497- 01. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena).

(Negrita de la Sala)

Esa información del médico se convierte, pues, en un instrumento necesario e indispensable dentro de la actividad terapéutica, si con su actuar no quiere infringir los deberes de diligencia que le impone el ejercicio de su profesión, habida cuenta que el paciente, para prestar su asentimiento libre, debe conocer los riesgos inherentes, razonables o probables a los que se expone con el tratamiento o procedimiento que el médico tratante aconseja (riesgo aprobado), como también se le debe enterar de las diferentes técnicas existentes para realizar ese procedimiento e incluso las consecuencias de no someterse a ninguna de ellas.

Por otro lado, **la aceptación de los riesgos por parte del paciente supone de suyo que la obligación del médico no es de resultado**, pues aquél con su consentimiento reconoce y acepta que en la intervención quirúrgica propuesta siempre habrá de existir un aleas -con todo y los significativos avances que día a día se presentan en materia médica-, aleas que justamente por obedecer a factores exógenos al acto médico propiamente dicho, convierte la obligación del galeno en aquellas que René Demogue llamó «*de medio*».

Sobre este tópico razonó la Corte Suprema de Justicia, así:

«...Ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero este, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no solo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el artículo 95 de la Constitución, sino particularmente, por las 'implicaciones humanísticas que le son inherentes', al

ejercicio de la medicina, como especialmente lo consagra el artículo 1º parágrafo de la Ley 23 de 1981.⁷»

Lo dicho en precedencia, cobra aún mayor importancia si se repara que el Decreto 3380 de 1981 -por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1981-, señala expresamente que el médico *«...no será responsable por riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico»*, de manera que su obligación, se insiste, no va más allá de instruir sobre los riesgos que, según el avance de la ciencia, son relevantes y están previstos.

Queda claro, entonces, que el acto médico encarna riesgos inherentes que escapan de la órbita, voluntad y gobierno del facultativo, por lo que ese *aleas* terapéutico, en línea de principio, no ingresa dentro de las obligaciones que asume el médico respecto del paciente; de ahí que se diga por la doctrina y la jurisprudencia especializada, con razón, que el galeno no se obliga a sanar el enfermo, sino a ejecutar correctamente los actos que, según la ciencia médica, de ordinario deben emplearse para conseguir ese propósito, tarea para la cual, desde luego, el paciente debe ser plenamente avisado de los riesgos relevantes involucrados en el tratamiento propuesto, de la evolución probable de su estado y en general de las consecuencias de someterse o no a dicha intervención, pues su omisión puede dar lugar a la indemnización de perjuicios, no solo por la vulneración de su derecho a la dignidad humana y su libre desarrollo de la personalidad, sino también por la materialización de los riesgos propios de aquel procedimiento, aun cuando el facultativo hubiese actuado conforme a la *lex artis ad hoc*.

En conclusión, no es cualquier información la que debe brindarse al paciente, y por el contrario, ya la Corte Constitucional ha ahondado sobre las características del consentimiento informado, así se pronunció en sentencia de unificación 337 del 12 de mayo de 1999:

«Como es obvio, no cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica: es necesario que el consentimiento del paciente reúna ciertas características, y en especial que sea libre e informado. Esto significa, en primer término, que la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños...Por ello, en segundo término, la decisión debe ser informada, esto es, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente

⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación del 30 de enero de 2001.

de todos los datos que sean relevantes para que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. Esto implica, tal y como esta Corte ya lo había señalado en anteriores ocasiones (Ver, entre otras, la sentencia T-401 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento jurídico No. 3.2; sentencia T-477 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico No. 11) que, debido a que el paciente es usualmente lego en temas médicos, el profesional de la salud tiene el deber de suministrar al enfermo, de manera comprensible, la información relevante sobre los riesgos y beneficios objetivos de la terapia y las posibilidades de otros tratamientos, incluyendo los efectos de la ausencia de cualquier tratamiento, con el fin de que la persona pueda hacer una elección racional e informada sobre si acepta o no la intervención médica. Por ello esta Corporación ha señalado que el paciente tiene derecho a que de manera anticipada, el equipo médico le indique "los riesgos que corre con la operación o tratamiento o las secuelas que quedarían, con la debida prudencia, sin minimizar los resultados pero sin alarmar al enfermo en tal forma que desalentaría el tratamiento; es un equilibrio entre la discreción y la información que solo debe apuntar a la respuesta inteligente de quien busca mejorar la salud, superar una enfermedad o mitigar el dolor (Sentencia T-477 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento jurídico No. 11)».

Ahora, el deber de información médica no se reduce a etapas previas a la intervención o inicio del tratamiento, la doctrina⁸ ha explicado que:

«La obligación de información del médico no siempre está encaminada al consentimiento informado para un tratamiento preventivo, diagnóstico o terapéutico. En efecto, la información reviste dos aspectos fundamentales (J. Fernandez, 1987, p.129):...Información terapéutica. Llamada también "asistencial" o "de seguridad". Es la indicada, necesaria e indispensable en el desarrollo de la actividad médica y curativa en todas sus etapas (diagnóstica, terapéutica o preventiva); por ello, es parte del deber asistencial del galeno (Llamas, 2007b, pp.36-37). Comprende, entre otros asuntos, la explicación sobre el estado de salud, diagnóstico, administración y efectos secundarios de medicamentos, recomendaciones a seguir, advertencias en torno a su condición de salud y resultados de un procedimiento o tratamiento.

Esta información permite la adopción de decisiones que no van encaminadas a darle legitimación a un acto médico. Se caracteriza por ser continua, al requerirse durante las diferentes etapas del proceso asistencial, y permite, como indican Fraga y Lamas (1999, pp.79-81), el deber de colaboración del paciente, al conocer las instrucciones médicas para lograr optimizar los resultados.

En consecuencia, su inobservancia significa un desconocimiento de los deberes de diligencia y cuidado que impone el ejercicio de la medicina, que puede

⁸ Cfr. NAVARRRO REYES, Daniela. La Responsabilidad civil médica frente al incumplimiento del consentimiento informado Edit. Universidad del Rosario, p 127.

desencadenar en que el médico tenga que indemnizar el daño acaecido, como consecuencia de actuar negligente...»

En suma, al paciente le asiste el derecho de ser informado -conforme a lo que el estado de la ciencia indique- de la situación de salud que a él concierne, prerrogativa que debe satisfacerse de forma continua y adecuada durante las fases de diagnóstico, intervención y tratamiento que el personal médico haya delineado, so pena de que puedan afectarse las garantías a él reconocidas y, de contera, comprometerse la responsabilidad de los actores médicos.

4. De la anticoncepción fallida o “wrongful conception”.

En el escenario jurídico internacional⁹ se ha desarrollado con mayor preponderancia, a diferencia del contexto jurídico patrio, la responsabilidad civil relacionada con la concepción y el nacimiento de la vida humana, para hacer referencia a las *«las acciones de wrongful birth y wrongful life, en las que se plantea la posibilidad de calificar la vida como daño ante el nacimiento de un niño afectado por enfermedades o malformaciones de las que no fueron informados los progenitores antes de la concepción o durante el embarazo»*¹⁰.

Del mismo modo, se ha instituido la llamada «acción» de “wrongful conception”, que interesa examinar en esta oportunidad, y que tiene lugar cuando *«uno o ambos progenitores plantean una demanda de responsabilidad frente a un profesional sanitario ante el nacimiento de un hijo que no habían planeado tener; nacimiento que, de hecho, habían tratado de evitar por una de estas tres vías: esterilización voluntaria (vasectomía o ligadura de trompas), uso de métodos anticonceptivos o práctica de un aborto. En todos estos casos, el problema surge de que el procedimiento fracasa y no se alcanza el resultado deseado, pues nace un niño; y aunque el niño nace sano, es precisamente el nacimiento no deseado*

⁹ MACÍA MORILLO, Andrea, explica en “LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. LAS LLAMADAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH Y WRONGFUL LIFE” que *«Las primeras acciones de responsabilidad relacionadas con la vida surgen en Estados Unidos hacia los años sesenta; de hecho, el primer caso que se plantea en materia de wrongful birth y wrongful life es de 1967 (Gleitman vs. Cosgrove). La extensión de esta problemática al resto de los países es algo más tardía. Así, la primera en recibir estas corrientes es Alemania, donde ya hacia finales de los sesenta y principios de los setenta se plantean los primeros casos de wrongful conception (si bien los casos de wrongful birth han de esperar hasta los años ochenta). Seguidamente, en Gran Bretaña comienzan a plantearse estas cuestiones hacia los años setenta: la Congenital Dissabilities (Civil Liability) Act es de 1976 y, a partir de ahí, se plantean acciones de wrongful conception y algunas –escasas– acciones de wrongful life (concretamente, la única sentencia es la del caso McKay vs. Essex AHA). En Francia, las primeras acciones relacionadas con la vida surgen hacia los años ochenta, planteándose la problemática de wrongful birth y wrongful life, especialmente, ya avanzada la siguiente década, proceso que culmina con el famoso caso Perruche en el año 2000. El caso de España es el más tardío, pues este tipo de reclamaciones de responsabilidad no comienza sino hasta los años noventa: la primera sentencia de wrongful birth es de 1997 y las primeras sentencias de wrongful conception son sólo de unos pocos años atrás».*

¹⁰ *Ibíd.*

el daño sobre el cual se articula la demanda. En otras palabras, los progenitores solicitan una indemnización por el hecho de haber concebido a un hijo o por haber llevado a término el embarazo no deseado¹¹».

Al margen de las posiciones ideológicas que puedan estructurarse frente a la concepción no deseada, en un ordenamiento jurídico protector de los derechos humanos como el colombiano debe proscribirse cualquier determinación en la que la vida misma pueda reputarse como un daño, en tanto que esta es una garantía constitucional fundamental reconocida que, además, obliga a su protección e inviolabilidad (art. 2 y 11 del C.P.).

En ese orden, los daños que sobrevengan como efecto de una anticoncepción fallida se deben examinar desde la trasgresión a otros derechos, como por vía de ejemplo lo serían el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación reproductiva. Y así resulta ser porque la autodeterminación reproductiva ha sido meritoria de protección superior, como lo explicó la Corte Constitucional en sentencia T-274 del 2015, al elucidar que: *«La **autodeterminación reproductiva** implica entonces reconocer, respetar y garantizar "la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia"¹². Ello encuentra su consagración normativa en el artículo 42 de la Constitución, que prescribe que "la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos"; y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW), que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos».*

En tal norte, esta Sala comparte la posición del Consejo de Estado, referida a que *«[e]n 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, por lo que una solución plausible, desde el punto de vista del derecho de daños para la determinación de la existencia de una verdadera lesión a una situación*

¹¹ *Ibíd.*

¹² *Ibíd.*

jurídica protegida, tiene que ver con la existencia de la garantía a la libertad de decidir si se procrea o no y en qué medida.¹³»

Así, al no catalogarse la vida como un daño *per se*, corresponderá escudriñar de forma retrospectiva el acto médico, con miras a establecer si durante su desarrollo fueron vulnerados de forma dolosa o culposa otros derechos con vocación de protección civil. Por manera que, para este Tribunal, el estudio del daño en los casos de anticoncepción fallida conlleva a establecer en primer lugar si los agentes encargados de dispensar la atención médica desatendieron, por acción u omisión, las conductas que les son exigibles o esperables, todo ello dentro de los parámetros de la *lex artis ad hoc*.

5. De la relación de causalidad cuando falla el deber de información médica.

La relación de causalidad que debe determinarse cuando se juzga la responsabilidad del médico por falta de consentimiento informado o por haber obviado el deber de información, en específico sobre el interés jurídico quebrantado cuando falta aquél y los perjuicios por los cuales se responde, la Sala no puede negar que existen posiciones que las ubican exclusivamente en la vulneración de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, dignidad, libertad o autonomía para disponer del propio cuerpo o vida. Igualmente, otras, en cambio, consideran además se vulnera la vida, la salud y la integridad sicofísica de la persona, pero limita la responsabilidad a los riesgos típicos o previstos y posibilita la exoneración con la demostración de que a pesar del cumplimiento de la prestación de informar y obtener el consentimiento informado, el daño se habría generado de todas formas. Alguna, incluso la extiende a los riesgos imprevistos, todos los cuales asume el médico.

Sin embargo, como ya se ha afirmado por la mayoría de esta Sala en decisiones anteriores (**como la proferida el 1º de febrero de 2018 dentro del proceso con radicado 05001 31 03 002 2011 00151 01 M.P. Julián Valencia Castaño**), la tesis que se prohíja es la sostenida por la propia Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, según la cual:

¹³ CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOSECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B” Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016). Expediente: 41262. Radicación: 81001233100020090005101

«la omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no sólo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sicológica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, "[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto" (artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al "paciente a riesgos injustificados" (artículo 15, ibídem), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos expressis verbis, pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño». (Sentencia de Casación Civil del 17 de noviembre de 2011. Rad. 11001-3103-018-1999-00533-01 M.P. William Namén Vargas).

CASO CONCRETO PARA EL PRIMER REPARO DE SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN Y LOS PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO, CUARTO Y SEXTO DEL CURADOR AD LITEM DEL MÉDICO PABLO FERNANDO SALGADO SALGADO.

Estos reparos se abordarán de forma conjunta, como quiera que están referidos a la existencia de la culpa, el deber de información y a la responsabilidad que se endilga a los demandados, supuestos que han de ser examinados con vista al haz probatorio.

En punto a resolver los problemas jurídicos delimitados de forma antecedente, huelga acotar que, con relación a la situación fáctica presuntamente generadora del daño y, por consiguiente, pábulo de la indemnización solicitada (error en la lectura del primer espermograma), en el plenario se encuentra acreditado, de acuerdo a la historia clínica del señor Alcides de Jesús Gallego Toro, lo siguiente:

- a. Que este, por intermedio de la EPS Saludcoop, el 1º de noviembre del 2012, se realizó un espermograma que arrojó como resultado un

«*RECUENTO [DE ESPERMATOZOIDES DE]: 1.3 MILLONES MLLS/MM3 VR. 20 MILLONES O MÁS*». (fl.81 pdf. 02)

- b. Que el 12 de noviembre de 2012, asistió a consulta externa con el médico general Pablo Fernando Salgado Salgado, quien especificó:

«Motivo de Consulta: A VER EL ESPERMOGRAMA.

Enfermedad Actual: ASISTE POR SUS PROPIOS MEDIOS Y MANIFIESTA QUE LE FUE REALIZADA VASECTOMÍA HACE 3 MESES Y EL UROLOGOC LE ORDENO ESPERMOGRAMA DE CONTROL QUE VIENE A REVISAR NO SE HA SENTIDO ANOMALÍAS EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO. ESPERMOGRAMA QUE MUESTRA 1.3 MILLONES DE UN VALOR DE REFERENCIA DE 20 MILLONES POR LO QUE SE CONSIDERA VASECTOMÍA EFECTIVA.

RECOMENDACIONES: TRATE DE MANTENER UN PESO ADECUADO.

REDUZCA EL CONSUMO DE SAL

LLEVE UNA ALIMENTACIÓN RICA EN FRUTAS Y VERDURAS DISMINUYENDO EL CONSUMO DE HARINAS Y GRASAS.

DISMINUYA EL CONSUMO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS.

PRACTIQUE EJERCICIO CON REGULARIDAD.

EVITE EL ESTRES Y LA ANSIEDAD.

NO FUME.

NO INGIERA ALCOHOL» (sic). (fls. 82-83 pdf.02)

- c. Que el 30 de abril del 2013, igualmente con cargo a Saludcoop EPS, el señor Gallego Toro se practicó un nuevo espermograma, cuyo resultado fue: «*EXAMEN MICROSCÓPICO: RECUENTO: 7.2 MILLONES MLLS/MM3 VR (20 MILLONES O MÁS) ...*» (fl.84 pdf.02).
- d. Que el 08 de mayo del 2013, para efectos examinar el resultado del espermograma preindicado, el codemandante asistió a consulta de control, siendo atendido en esta oportunidad por el especialista en urología Antonio José Vides Vides, quien consignó en el historial médico: «*PCT REALIZÓ VASECTOMÍA HACE 9 MESES CON POSTERIOR ESPERMOGRAMA (01/11/2012) AUN CON RECUENTO DE ESPERMATOZOIDES Y VIABILIDAD. OTRO ESPERMOGRAMA (30/04/2013) AUN CON RECUENTO DE ESPERMOGRAMAS Y VIABILIDAD PARA EMBARAZO. DOY*

ORIENTACIONES A CONTINUAR UTILIZANDO MÉTODOS DE PLANIFICACIÓN. DOY ORDEN DE NUEVA VASECTOMÍA Y ORIENTACIONES».

Pues bien, conforme al artículo 34 de la ley 23 de 1981, la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente, de allí que, a pesar de lo profano que pueda resultar el funcionario judicial en relación con la ciencia médica, de ese documento es posible inferir supuestos vinculados con la diligencia, oportunidad y profesionalismo de la atención en salud. Así ocurre en el presente caso, como quiera que brota palmario que el análisis realizado por el médico general Pablo Fernando Salgado Salgado el 12 de noviembre del 2012, frente al espermograma que se practicó el señor Gallego Toro el día 1º de los mismos mes y año, fue errado, pues dio por efectiva la vasectomía que se le había practicado, en contravía de lo que evidenciaba la prueba de laboratorio. Tal equivoco vino a ser evidente en la consulta médica del 8 de mayo del 2013, donde el especialista en urología Antonio José Vides Vides, especificó que en el espermograma del 1º de noviembre del 2012 y el del 13 de abril del 2013, aún había recuento de espermatozoides y viabilidad para el embarazo, tanto es así que recomendó al señor Gallego Toro continuar utilizando métodos de planificación y le entregó orden para nueva vasectomía.

A ello se aúna que en el expediente obra prueba pericial que permite confirmar el desvío que se atribuye al señor Salgado Salgado, a tal punto que ese experticio, emanado de especialista en urología adscrita a Profamilia, es conclusivo en que para el caso de señor Gallego Toro, el espermograma del 1º de noviembre de 2012, registra *«un recuento de 1,3 millones /ml y este valor es muy superior a lo indicado para una vasectomía exitosa. Con estos resultados se concluye que la vasectomía todavía no ha sido exitosa. Lo indicado es repetir el examen a los 3 meses y si persiste este conteo o es más elevado se considera una falla del método»*. Con fines ilustrativos, la experticia precisa que *«[u]na vasectomía se considera efectiva cuando el espermograma que se debe realizar después de 12 semanas de realizado el procedimiento reporta azoospermia (ausencia completa de espermatozoides en la muestra de semen) o menos de 100.000 espermatozoides 100% inmóviles»* y que *«[c]uando el primer espermograma sale sin espermatozoides o con menos de 100.000 espermatozoides inmóviles se considera que la vasectomía fue exitosa. Si aparecen más espermatozoides que este valor debe realizarse otro espermograma a los 3 meses, es decir a los 6 meses de realizada la vasectomía. Si este sigue con presencia de más de 100.000*

espermatozoides móviles se considera que la vasectomía no fue exitosa y debe repetirse el procedimiento o continuar con otro método de planificación».

También relievó *«que la probabilidad de que la vasectomía falle o no resulte exitosa es de alrededor del 1% en los primeros 3 meses y después de un espermograma con azoospermia o menos de 100.000 espermatozoides inmóviles esta probabilidad es de 1 en 2000»*, lo cual *«puede ocurrir porque los hombres siguen produciendo espermatozoides en los túbulos seminíferos de los testículos toda la vida y a veces estos espermatozoides lograr realizar canalizaciones espontáneas en el conducto que se ocluye con la vasectomía. Por esto es tan importante realizar el espermograma a los 3 meses del procedimiento para comprobar la efectividad de la vasectomía»* (pdf.66).

Siendo ello así, el procedimiento anticonceptivo comprende un margen de error, como lo explicó la experta y se corrobora en la literatura médica¹⁴, pero en este caso, de considerarse que tuvo lugar la falla del método anticonceptivo, lo cierto es que la misma o su potencial ocurrencia, pasó inadvertida por el médico Salgado Salgado, quien consideró efectiva la vasectomía cuando la prueba clínica no daba cuenta de la ausencia de espermatozoides o su presencia inferior a 100.000. En ese contexto, el proceder del médico Salgado Salgado puede catalogarse de culposo, en tanto que, sin ser experto en el ramo de la urología, se aventuró a emitir un concepto que a la postre resultó contrario a lo que enseña la medicina especializada y, no menos importante, desatendió el deber de brindar al paciente información adecuada que le permitiese adoptar una decisión fundada en hechos ciertos.

Siguiendo la línea de los presupuestos valorativos de las pretensiones, es claro que ese hecho culposo adquiere valor jurídico cuando tiene la potencialidad de causar un daño pasible de indemnización, siendo en este caso menester que los demandantes, beneficiarios de las prerrogativas meritorias de protección, acrediten no solo la estructuración del daño, material ora inmaterial, sino sus efectos patrimoniales y extrapatrimoniales, desde una perspectiva causal que los atribuya a la incorrección de los agentes demandados; amén de que concurren

¹⁴ Cfr. Revista de especialidades médicas quirúrgicas, Vasectomía: reseña de 25 años en el Centro de Cirugía Ambulatoria del ISSSTE. (<https://www.redalyc.org/pdf/473/47317815007.pdf>) «La efectividad de la vasectomía como método de anticoncepción es de 99% y el 1% de falibilidad se relaciona con la recanalización espontánea de los conductos deferentes o con alguna anomalía congénita, que, aunque tiene una baja incidencia, puede deberse a duplicidad unilateral o bilateral de los conductos deferentes».

los elementos esenciales de la responsabilidad civil, hecho, daño y nexo de causalidad.

A ese fin, los demandantes afirmaron tener una unión marital de hecho; que fruto de esa unión nació Laura Gallego Penagos el 5 de agosto de 1999; que el señor Gallego Toro es padre de David Gallego Peláez, nacido el 12 de julio de 2002, concebido en relación diferente a la que lo enlaza con la señora Penagos Bedoya; que por su condición económica y dado el alto costo de crianza de los hijos, decidieron no procrear más y para ello el señor Gallego Toro se sometió a la vasectomía; y que pese a ese procedimiento se produjo el nacimiento de Luciana Gallego Penagos.

Con relación a esos hechos, en el expediente obran como medios de convicción:

- El documento contentivo de la declaración extra-proceso rendida por los demandantes en la Notaria Treinta del Circulo de Medellín, el 11 de marzo de 2015, donde estos manifestaron tener «CONVIVENCIA SINGULAR Y PERMANENTE DESDE HACE SEIS (6) AÑOS» (fl.80 pdf.2).
- El registro civil de nacimiento de David Gallego Peláez, que da cuenta que el mismo figura como hijo de Alcides de Jesús Gallego Toro (fl.143 pdf.03), y el de Laura Gallego Penagos, que evidencia a los demandantes como sus progenitores. (fl.142 pdf.02).
- El registro civil de nacimiento de Luciana Gallego Penagos y la prueba sobre su paternidad, atribuida en un 99,99% de probabilidad al señor Alcides de Jesús (fl.122 y 142 pdf.02).
- La historia clínica de la señora Norelia Penagos Bedoya, la cual muestra que para el 30 de septiembre de 2013, fecha en que nació Luciana Gallego Penagos, la gestante contaba con un embarazo de «39 MAS 5» (se entiende 39 semanas más 5 días), de lo cual se podría deducir que la concepción tuvo lugar aproximadamente en el mes de diciembre del año 2012, esto es después de la atención médica brindada por el médico Salgado Salgado (6 de noviembre del 2012) y antes de la consulta con el urólogo Antonio José Vides Vides (8 de mayo del 2013).
- Los interrogatorios a los demandantes y las declaraciones de los testigos Nicolás Zamora Buriticá y Yhinet Vélez Molina (pdf.36-37), guardan coherencia sobre el hecho de que los demandantes no deseaban tener más hijos y que, por esa razón, decidieron acudir a la vasectomía como un método útil para la evitación de un embarazo.

Las situaciones fácticas que vienen de describirse, al ser vistas en conjunto con las pruebas allegadas al proceso, conducen a una conclusión: los demandantes tenían la firme voluntad de no procrear más hijos. Inferencia a la que por demás apuntaría el sometimiento del codemandante a la práctica de una vasectomía. En tal sentido, para esta Sala, como bien lo definió el señor juez *a quo*, a los demandantes se les causó un daño consistente en la afectación de su derecho a decidir sobre la posibilidad de procrear o no, en desmedro de la garantía de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación reproductiva, insistiéndose, claro está, en que no es la vida de Luciana Gallego Penagos, *per se*, donde reside el daño. Por lo anterior, en el deber de información médica estriba que, ante su trasgresión, pueda eventualmente afectarse el goce de los derechos al libre desarrollo de la personalidad (art.16 C.P.) y, en casos como el de la anticoncepción fallida, además, el de la libertad reproductiva (art. 42 C.P.).

En definitiva, la responsabilidad por la trasgresión a esas garantías es atribuible al médico Pablo Fernando Salgado Salgado y, solidariamente, a la extinta Saludcoop EPS, por ser la promotora del servicio de salud que se prestó al actor, en tanto que el galeno incumplió con el débito informativo al errar en la lectura del examen (primer espermograma), en razón de su falta de conocimiento y especialidad, privando a los demandantes de conocer la suerte real de la vasectomía realizada al señor Gallego Toro y, por ahí mismo, ante una errada información, de la posibilidad de que en ejercicio de su autodeterminación reproductiva, tomaran medidas acordes a su proyecto de vida para evitar la concepción que, en últimas, llevó al nacimiento de Luciana Gallego Penagos.

6. De los daños inmateriales y la cuantificación de los perjuicios.

La jurisprudencia ha enseñado que el daño inmaterial no se reduce al ya decantado perjuicio moral *-pretium doloris-*, pues dentro del conjunto de bienes que trascienden la órbita de lo estrictamente material, que desde luego puede afectarse por una acción u omisión dolosa o culposa, coexisten otros bienes que, si bien no implican un menoscabo espiritual o psicológico, afectan aquilatados derechos como la salud o también bautizado daño a la vida de relación o alteración grave a las condiciones de existencia y, de desarrollado de forma más reciente, derechos con relevancia constitucional.

Precisamente, advirtiendo la importancia capital que hoy por hoy tiene la ontología del daño, con estribo en literatura jurídica de autorizados tratadistas¹⁵, y desde luego atendiendo los cambios jurídicos, sociales y económicos de la era contemporánea -que no son pocos-, la han impulsado a ocuparse nuevamente del estudio del daño en la persona y de las consecuencias que de él pueden derivarse, no solo por el mandato impuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, sino también, y más importante aún, por la constitucionalización del derecho privado, en virtud del cual la institución de daños debe estar en consonancia y en procura de la protección e integridad de los derechos superiores contemplados y reconocidos por la constitución política; de ahí que entonces que el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, en connotadas providencias hubiesen reconocido perjuicios extrapatrimoniales distintos a los morales que, en épocas anteriores, no hubiesen sido objeto de análisis y juicioso estudio de su carácter autónomo y fisonomía propia, esos avances jurídicos se ven reflejados en el reconocimiento, desarrollo y descripción de daños tales como «*a la vida de relación*», «*a la salud*», «*a la alteración grave a las condiciones de existencia*», y más recientemente «*por violación a la protección de bienes convencional y constitucionalmente amparados*», «*al buen nombre*» e inclusive «*medidas de reparación no pecuniarias en casos de violación grave a derechos fundamentales*». ¹⁶

En este sentido, la Corte ha señalado:

«Adicionalmente, ha de notarse que el carácter general de las disposiciones relacionadas con el derecho de daños le concede al juzgador la posibilidad de reconocer, desde luego, en forma prudente y razonada, nuevas clases de perjuicios resarcibles, encaminados a desarrollar el mentado principio de reparación integral y a salvaguardar los derechos de las víctimas, como ahincadamente lo impone el derecho contemporáneo; por tanto, con independencia de los cuestionamientos o polémicas de que pueda ser objeto el daño a la vida de relación en el país donde tuvo origen, muchas de ellas motivadas por el diverso tratamiento que se ofrece a los perjuicios patrimoniales y a los extrapatrimoniales, o por el surgimiento de novedosas categorías, tales como el daño biológico, el daño a la salud y el daño existencial, entre otros, lo cierto es que esta figura - el daño a la vida de relación - acompasa con los fines que en este campo persigue el sistema positivo colombiano, a la par que encaja dentro de una evolución institucional propia y auténtica, por lo que sigue mostrando considerable utilidad a fin de

¹⁵ Véase por ejemplo Adriano de Cupis "el daño: teoría general de la responsabilidad; máximo Bianca "la responsabilidad"; Juan Carlos Henao "el daño", entre otros.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014.

*extender y profundizar las garantías efectivas con que cuentan las personas que acuden a la administración de justicia».*¹⁷

El artículo 2º de la Constitución Política establece los fines esenciales del Estado y señala en su inciso segundo que «*las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades...*», a su turno, el canon 15 de la misma carta política, que hace parte del capítulo referente a los derechos fundamentales, señala «*todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico...*», mientras que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que hace parte del bloque de constitucionalidad -artículo 93-, dispone el derecho a «decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos», según se citó en el numeral 4 de esta decisión.

Se advierte de lo hasta acá dicho, que el derecho a la autodeterminación reproductiva hace parte sin duda del patrimonio subjetivo, inalienable y personalísimo de cada individuo. Así las cosas, la jurisprudencia del tribunal de casación ha dicho que el daño no patrimonial, justamente por su arquitectura y naturaleza inasible, puede presentarse de forma disímil, aunque complementaria, pero claramente definida.

*«el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: i) mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); ii) como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, iii) como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional».*¹⁸

(negrita fuera de texto)

Concluyese de lo visto que, aun cuando la acumulación de indemnizaciones por perjuicios extrapatrimoniales es tema de suyo complejo, donde la razonabilidad

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación del 13 de mayo de 2008.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación del 5 de agosto de 2014 (SC10297 del 2014).

y la prudencia para su reconocimiento cobran relevancia capital, tanto más cuanto a diferencia de lo que sucede con los daños materiales -de fácil y exacta cuantificación económica-, que por lo mismo no lo hace cumplir una función resarcitoria, sino apenas «compensatoria», el operador jurídico ha de asumir una actitud intelectual, mesurada y aguda frente al análisis y reconocimiento de novísimos perjuicios de tal laya, so pena de que la protección de un derecho de ese orden, se halle *«comprendido en otro rubro susceptible de indemnización, como puede ser el perjuicio patrimonial, el moral, a la salud, o a la vida de relación; a fin de evitar en todo caso un doble resarcimiento de la misma obligación¹⁹»*.

Para efectos de no incurrir en el equívoco antes advertido, la Corte explicó que *«existen ciertos parámetros que no constituyen una limitación al libre arbitrio del juzgador, pero que es aconsejable tener en cuenta a fin de evitar que se indemnicen situaciones que no lo merecen. **Así, por ejemplo, hay que evaluar si el hecho lesivo vulnera o no un interés jurídico que goza de especial protección constitucional por estar referido al ámbito de los derechos personalísimos; si ese perjuicio confluye o converge en otro de dimensiones específicas como el daño patrimonial, el moral, a la salud o a la vida de relación, de tal suerte que se presenten como una misma entidad; o si, por el contrario, es posible su coexistencia con esos otros tipos de daños por distinguirse claramente de ellos o tener su fuente en circunstancias fácticas diferenciables;** entre otras particularidades imposibles de prever de manera apriorística, dado que solo las peculiaridades de cada caso permiten arribar a la decisión más equitativa y ajustada a derecho²⁰»*.

(negrita fuera texto)

Por otro lado, en el ordenamiento jurídico interno no hay norma alguna de que pueda hacerse interpretación para llevar a cabo la tarea de cuantificación de los perjuicios inmateriales, a propósito de lo cual la Corte ha dicho que:

«la cuantificación del perjuicio moral no es asunto que la ley hubiese atribuido al antojo judicial” sino que corresponde a un aspecto de la decisión, por una parte, de suma importancia y, por otra, de “carácter técnico” (Cas. Civ., sentencia del 5 de mayo de 1999, expediente No.

¹⁹ Ibíd.

²⁰ Ibíd.

4978), y lo reiteró la Sala en fecha más reciente, al precisar "que, para la valoración del quantum del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador» **(Cas. Civ., sentencia del 18 de septiembre de 2009, expediente No. 20001-3103-005-2005-00406-01)**

En ese mismo orden, debe tenerse en cuenta que esa cuantificación entonces debe atender a las particularidades del caso concreto, vinculadas especialmente con la magnitud del impacto que el daño tiene en la esfera íntima de la persona²¹ **(Sala Civil Corte Suprema de Justicia sentencia de 18 de septiembre de 2009).**

Entonces, como es prácticamente imposible dar un precio al dolor, considérese que la Corte Suprema de Justicia ha fijado a título de daño moral a favor de los padres y hermanos de la víctima fallecida una cantidad equivalente a \$53.000.000. Esta estimación, para el año en que se dispuso la condena – año 2011- representaba aproximadamente 100 SMLMV (Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 17 de noviembre de 2011); del mismo modo, en sentencia de Casación Civil del 9 de noviembre de 2016 (Rad. 11001-31-03-018-2005-00488-01. M.P. Luis Alonso Rico Puerta)²², la Corte reconoció a la demandante por la muerte de su cónyuge una suma de \$60.000.000,00 por concepto de perjuicios morales, es decir, igualmente cercana a 100 SMLMV de ese año 2016. Consideró en esa oportunidad, además:

²¹ A propósito, sobre el particular, ha señalado la Corte Suprema de Justicia. "No obstante, "(S)uperadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (ex bono et aequo) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas. civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose **al arbitrium iudicis, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el quantum debeat se remite a la valoración del juez**", estimando "apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador" (cas. civ. sentencia de 18 de septiembre de 2009, exp. 20001-3103-005-2005-00406-01). (Negritas fuera de texto).

²² Un reajuste similar hizo la Corte en sentencia del 19 de diciembre de 2018 (Rad. 05736318900120040004201 M.P. Margarita Cabello Blanco), al fijar la compensación en \$72.000.000, es decir, 92.16 SMLMV de la época.

«[T]al perjuicio, como se sabe, es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono o de impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece, circunstancia que, si bien dificulta su determinación, no puede aparejar el dejar de lado la empresa de tasarlos, tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. 'Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada ...' (...)

Bajo esos presupuestos, por cuanto sólo quien padece ese dolor subjetivo conoce la intensidad con que se produjo, tal sufrimiento no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más; no obstante, como tal perjuicio no puede quedar sin resarcimiento, es el propio juez quien debe regularlos».

Misma situación impera en materia **del daño a la vida de relación**, porque la suma más alta reconocida por la Corte es probablemente \$140.000.000,00, dispuesta en un caso en el que esa Corporación reajustó el límite resarcitorio, para compensar a la víctima directa de un accidente de tránsito que sufrió la perturbación funcional de su sistema nervioso central. Ese monto se justificó en que: *«no pueden (...) fijarse o establecerse parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio, pues cada caso concreto ofrece particularidades que deberán ser apreciadas por el juez²³».*

Luego, sumas inferiores a esa ha reconocido la jurisprudencia en variados casos, por lo que no existe, tampoco, una tarifa indemnizatoria. En lo que sí hay claridad es que a diferencia del perjuicio moral, esta tipología implica:

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de diciembre de 2013. Radicado 88001 31 03 001 2002 00099 01. M.P. Ariel Salazar Ramírez

«la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar»²⁴.

Son así las cosas, porque

«en la actualidad la jurisprudencia tiene decantado que el «daño moral» y el «daño a la vida de relación» son dos manifestaciones separadas de perjuicios inconfundibles para los fines de reparación, pues, mientras el primero se refiere al padecimiento interno del afectado con el hecho dañoso, el último se contrae a las secuelas que éste tenga en el desenvolvimiento social del lesionado, en vista de los cambios externos en su comportamiento»²⁵.

En conclusión, para la Sala es absolutamente claro que en materia de perjuicios extrapatrimoniales no existe tarifa indemnizatoria alguna y, por el contrario, es el juez quien debe fijar su monto a través de un ejercicio ponderado y juicioso que abarque las condiciones concretas en que se presenta el daño. De ese modo, aunque no con precisión matemática, se puede lograr una reparación o compensación ajustada a los principios de la reparación integral.

7. De los daños materiales.

Cuando el deber de información se desconoce en el marco de los métodos anticonceptivos y la concepción no querida se produce, la dificultad que se presenta con relación a los daños materiales es mayúscula, particularmente, como ocurre en este asunto, donde se solicita a título de daño emergente el reconocimiento de la obligación alimentaria de los padres respecto de los hijos.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008. Radicado 11001-3103-006-1997-09327-01. M.P. César Julio Valencia Copete.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de diciembre de 2017. Radicado 05001-31-03-005-2008-00497-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Con relación al tema, ilustra el Consejo de Estado en sentencia del 5 de diciembre de 2016, Expediente: 41262 Radicación: 81001233100020090005101, providencia que por su importancia se cita *in extenso*:

«Ahora bien, los daños materiales reclamados correspondientes a los presuntos gastos de manutención del hijo, actuales y futuros, afiliaciones al sistema de seguridad social y costo de los estudios hasta la etapa universitaria, no están llamados a ser reconocidos, de acuerdo con lo siguiente:

La posibilidad de concebir que es inherente al ser humano y es consecuencia del ejercicio de su sexualidad no ha logrado ser limitada de manera plenamente eficaz a partir de los métodos anticonceptivos creados por la ciencia, menos aún, a partir de aquellos que son meramente transitorios o temporales, de modo que, aún en presencia de una información adecuada y suficiente sobre estos y de su utilización responsable, no puede descartarse de plano en ningún individuo sano y que ha alcanzado el grado de madurez biológica suficiente para ello. Por lo anterior, la Sala considera que imponer al prestador del servicio médico la carga de reparar las consecuencias materiales de la fecundación, el alumbramiento y la crianza del hijo, **significaría asignarle una obligación de resultado**, lo cual conllevaría a considerar que el prestador del servicio médico debe asumir las consecuencias materiales de la anticoncepción fallida.

El ordenamiento jurídico tanto interno como internacional, acorde con los desarrollos de una cultura democrática civilizada, sustentan el hecho irrefutable de que la manutención de los hijos corresponde a sus progenitores, tal como se estimó en la decisión del caso MacFarlane en el Reino Unido, de tal modo que como desde el punto de vista científico no existe un método anticonceptivo con una efectividad plena, no resulta admisible endilgar dicha responsabilidad al prestador del servicio de salud o trasladársela mediante el pago de una indemnización, so pretexto de enmarcar la existencia del hijo como una situación lesiva, pues aunque así se considere, es claro que se trata de una carga que se tiene el deber de soportar, como un posible resultado inherente al ejercicio de la sexualidad; esto es, para la Sala el hecho consistente en que se ha decidido planificar la familia a través de determinado método científico, no puede servir de fundamento para trasladar a un tercero las obligaciones familiares, se insiste, bajo el hecho irrefutable de que estas no ofrecen un 100% de efectividad, esto es, en el entendido de que aún en condiciones adecuadas es viable que se produzca la fecundación.

A esta altura es preciso recordar que el daño antijurídico del que es responsable la E.S.E. demandada no corresponde, como se ha aclarado a lo largo de esta providencia, al hecho mismo de la concepción o al nacimiento del hijo, tratándose por supuesto de situaciones naturales e inherentes al ejercicio de la sexualidad, garantía que si bien no admite limitación ni reproche, sí conlleva determinados “riesgos” que corresponde asumir a cada persona, entre ellos el de engendrar aunque no se quiera y se hayan tomado medida idóneas –mas no infalibles– para evitarlo.

De esta manera, se itera, lo que se afectó a la demandante fue la posibilidad de ejercer de manera informada su libertad reproductiva y las repercusiones de ese hecho en su desenvolvimiento personal, lo que a juicio de la Sala produjo un padecimiento inmaterial que debe ser compensado; **sin embargo, los gastos de crianza del menor no son inherentes al daño endilgado a la entidad, bajo el entendido de que el derecho a la libertad reproductiva, tal como lo entiende la Sala, impide la intervención estatal y de terceros en la decisión libre de las personas respecto a la conformación de su familia y les otorga el derecho a obtener la información requerida para ello de manera libre, pero no conlleva una garantía respecto de la no concepción en los casos en que esta no se desea, por tratarse de un fenómeno natural, cuya ocurrencia no puede ser materia de indemnización, en la medida en que no se haya garantizado en forma total la efectividad de un determinado método ofrecido al paciente con ese compromiso a cargo del prestador del servicio.**

Se concluye, bajo la anterior perspectiva, que en casos de anticoncepción fallida el responsable no puede ser cargado con los gastos materiales inherentes al nuevo ser, (i) salvo que se haya garantizado al paciente la total eficacia del método ofrecido o (ii) se demuestre que los gastos a asumir son superiores a los que por naturaleza se imponen este tipo de eventos²⁶, toda vez que la libertad reproductiva no entraña la garantía de la no reproducción; una conclusión contraria atentaría contra los más básicos principios naturales y biológicos, por lo menos en el estado actual de la ciencia en el que no se ha dotado de una eficiencia del 100% a los métodos anticonceptivos».

(negrita fuera de texto)

²⁶ Cfr. Citó el Consejo de Estado: «Como lo ha reconocido en forma consistente el Tribunal Supremo Español en nacimientos con patologías irreversibles como el síndrome de down al señalar: "La Jurisprudencia de la Sala referida a la indemnización del daño en casos como el presente se encuentra ya perfectamente consolidada desde la sentencia de veintiocho de septiembre de dos mil, seguida por otras posteriores como es el caso de la sentencia de cuatro de noviembre de dos mil ocho y la de dieciséis de junio de dos mil diez, a la que debemos añadir la de veintisiete de octubre de dos mil diez, recurso 4798/2007. Hemos claramente establecido que no es sólo indemnizable el daño moral consistente en privar a los padres de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo, sino también el mayor coste o el incremento que supone la crianza de un hijo afectado con síndrome de Down. Inexcusablemente ambos -daño moral y daño patrimonial deben ir unidos si se pretende una reparación integral del daño (artículo 141. 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). En aquellas dos primeras sentencias, referidas a supuestos de nacimientos con síndrome de Down, concluimos afirmando que además del daño moral "procede también la indemnización por la lesión puramente económica consistente en el notablemente mayor coste de criar a una hija con síndrome de Down. Ocuparse de una hija con tal patología comporta, como es obvio, gastos extraordinarios, que encajan perfectamente en la idea expuesta por la arriba citada sentencia de 28 de septiembre de 2000 cuando hablaba de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades. **En otras palabras, los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales;** pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización". Y que "los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el síndrome de Down no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la recurrida". Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso, sentencia de 28 de marzo de 2012, ROJ: STS 2067/2012 - ECLI: ES:TS:2012:2067

CASO CONCRETO PARA LOS REPAROS PRIMERO Y SEGUNDO DE LA PARTE DEMANDANTE; SEGUNDO DE SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN Y QUINTO DEL CURADOR AD LITEM DEL MÉDICO PABLO FERNANDO SALGADO SALGADO.

Los reparos se compendian en los reproches a los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales solicitados y los montos que en razón de ellos fueron concedidos, de ahí que mancomunadamente pasen a estudiarse en el presente acápite.

Es ineluctable que los daños atribuidos a los demandados se derivaron de la omisión en que incurrió el médico Salgado Salgado de brindar al señor Alcides de Jesús Gallego Toro, información veraz sobre el resultado de la vasectomía que se había practicado y que, en últimas, vulneró a los demandantes el derecho a la autodeterminación reproductiva, lo cual tiene lugar cuando «***no se suministra la información precisa para adoptar una decisión fundada en hechos ciertos, o se provee de forma falsa o inexacta***» (sentencia SU096 del 2018).

Tal pretermisión devino en la afectación inmaterial que se reclama; sin embargo, a diferencia de lo considerado por el señor juez a quo, y sin desconocer la naturaleza de principio autónomo, del consentimiento informado y el deber de información médica en que este reside, a la vez que la protección constitucional y convencional que de él cabe predicar, para esta Sala no es posible reconocer suma dineraria alguna por el daño al derecho a la autodeterminación reproductiva, que en efecto ocurrió, o por otro derecho constitucionalmente protegido, como quiera que aquel, al igual que los perjuicios morales y a la vida de relación, se sirven de una causa jurídica común que, por consiguiente, implica que el daño a la autodeterminación reproductiva se subsuma en las dos tipologías de perjuicios morales y a la vida de relación.

Es que no es dable obviar que tratándose del daño a derechos personalísimos, ha indicado la Corte que «*[l]a atención debe centrarse, entonces, no en la posibilidad de admitir la indemnización del daño a los bienes personalísimos protegidos por la Constitución y por los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales, como categoría autónoma perteneciente al género de los perjuicios extrapatrimoniales –pues su existencia hoy en día no se pone en duda; sino en precisar en qué casos resulta viable su concesión, con el*

fin de evitar un pago doble o exagerado de una misma consecuencia nociva que tiene su causa adecuada en un único evento²⁷».

Con base en los derroteros descritos por la Alta Corporación, se advierte que en este asunto no obran elementos de juicio, fácticos o jurídicos, que permitan distinguir la causa de la afectación del derecho a la autodeterminación reproductiva de la que irradia a los perjuicios morales y a la vida de relación que reclaman los quejosos, en tanto que estos tienen una única causa común (omisión en el deber de información), que se presenta como fuente exclusiva de la obligación de imponer a la parte demandada condenas por las restantes «indemnizaciones», desatendiéndose que solo ***«es posible que el quebranto de los intereses superiores de carácter personalísimo coexista con otro tipo de daño cuando cada uno de ellos tiene su causa adecuada en una conducta distinta y no confluye en un único perjuicio²⁸»***. Y, porque es así, este Tribunal se apartará de la condena que al respecto se impuso en primera instancia, para revocar lo concedido por daño a los bienes constitucionalmente protegidos.

Luego, lo procedente es el reconocimiento del perjuicio moral deprecado, pues como efecto de vulnerarse a los demandantes su derecho a la autodeterminación reproductiva, estos tuvieron que afrontar la gestación y el nacimiento de un ser que no esperaban procrear, pues según su dicho expresado en la demanda y en la declaración que rindieron ante el juez de primer grado, no estaban preparados emocional y económicamente para atender el embarazo, hechos que, enseña la experiencia, tienen la virtualidad de generar en personas con dificultades económicas, sentimientos de aflicción, tristeza y preocupación, dada la apremiante responsabilidad que conlleva ser padre o madre y las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone para la satisfacción de los derechos de los menores.

Obsérvese, al interior de este proceso se acreditó que el señor Alcides de Jesús Gallego Toro padece de hipoacusia bilateral severa que le ha generado cuadros de vértigo, vómito y la necesidad de portar un audífono izquierdo (fl. 134, pdf 2.), enfermedad que, según expresó en su interrogatorio y lo corroboraron la codemandante y los testigos Erika Tatiana García Urrego y Nicolás Zamora Buriticá, le ha propiciado dificultades para encontrar una ocupación estable,

²⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación del 5 de agosto de 2014 (SC10297 del 2014).

²⁸ Cfr. Ibíd.

debiendo dedicarse a labores de plomería, enchape y pintura como trabajador independiente. Lo anterior, de acuerdo con dichas probanzas, conlleva a que las obligaciones económicas del grupo familiar de los actores sean asumidas, en su mayoría, por la señora Norelia Estela Penagos Bedoya, quien labora al servicio de Cárnicos y Alimentos S.A.S. devengando, para el año 2015 una asignación mensual de \$652.000 y para el año 2020, cuando rindió su interrogatorio, \$1'253.000.

Igualmente, de esos medios de convicción se colige que los demandantes carecen de casa propia y que acuden a prestamos ante otras personas a fin de poder cubrir la totalidad de los gastos familiares, circunstancias que, por lo menos en este proceso, no fueron desvirtuadas probatoriamente.

Con esas previsiones, la Sala considera con franqueza que el perjuicio moral de los actores es apenas evidente, de allí que por tal concepto se considere que el mismo debe aumentarse a su favor, de VEINTE (20) a SESENTA (60) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para cada demandante, cantidad que no supera los montos máximos definidos por la Corte en eventos de muerte, como se consideró.

En lo que toca con el perjuicio denominado «daño a la vida de relación», si bien las pruebas practicadas en este proceso no delinear con suficiencia y precisión el alcance de dicho perjuicio, olvidando la parte actora que, como era exigible, debía acreditarse con certeza la afectación causada, esta Sala estima que en este caso sí es viable, como en efecto lo determinó el juez de instancia, su reconocimiento, apoyado en que *«existen casos en los cuales la afectación constituye un hecho notorio que no requiere prueba para ser demostrado, pues bastan las reglas de la simple experiencia y el sentido común para tener por probado el «daño a la vida de relación»²⁹*». Lo anterior porque sin mayores esfuerzos se puede deducir como regla de experiencia afincada en la realidad humana, que la gestación y todas las etapas que sobrevienen a esta generan cambios no solo a nivel físico en la mujer, sino en su entorno familiar y social, presumiéndose que ha de ser necesario que esta y su pareja –cuando es del caso-, adopten hábitos o comportamientos de cuidado que son diferentes a aquellos anteriores a la gestación, encontrando limitaciones en el desarrollo de

²⁹ Cfr. Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia. Sentencia STC 16743 de 2019, que cita la Sentencia CSJ SC22036-2017 Dic. 19 de 2017, rad. 2009-00114-01

actividades habituales, como el compartir espacios placenteros o de disfrute en pareja, su intimidad, sus relaciones de ocio, recreación, interacción con los demás y, como se indicó en la demanda, el plan de vida que habían considerado; por ende, se confirmará lo que al respecto se decidió en la sentencia apelada.

Finalmente, en cuanto al daño material, se revocará lo que a título de daño emergente se reconoció en primera instancia, para en su lugar negar las pretensiones que en razón de este incoó la parte actora, en tanto que, para esta Sala, las obligaciones legales que dimanar de la paternidad y maternidad, entre ellas la alimentaria, entendida como «*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes...*» (Ley 1098 de 2006, art. 24), encuentra causa jurídica en la ley, como efecto necesario de la procreación principiada en el ejercicio de la libertad sexual y a la que, tratándose de personas aptas, no es ajena la capacidad reproductiva, misma que no logra impedirse con absoluta certeza en quienes se han practicado una vasectomía que ha resultado efectiva.

En esos términos, acogiendo la posición que asumió el Consejo de Estado en un asunto de similar textura al que ahora nos ocupa, es claro que en los eventos de anticoncepción fallida, no es posible cargar a los agentes, en razón de la trasgresión al deber de información médico y el derecho a la autodeterminación reproductiva del paciente, con los gastos de crianza de quien no se esperaba concebir, como quiera que en el estado actual de la ciencia y, particularmente, en la utilización de métodos anticonceptivos como el analizado, no es posible garantizar en forma plena la efectividad de un determinado método anticonceptivo. Por lo que, adoptar posición jurídica contraria, para atribuir a los demandados el daño emergente deprecado, equivaldría a ubicar las obligaciones del galeno Salgado Salgado y a la solidariamente responsable Eps Saludcoop en Liquidación, en las denominadas como de resultado, amén de desconocer el fundamento legal de la obligación alimentaria.

Así las cosas, se revocarán los valores reconocidos por conceptos de afectación a un bien constitucionalmente protegido, daño emergente consolidado y futuro; y se modificará, para aumentar, el monto de los perjuicios morales, todos estos reseñados en el numeral cuarto de la sentencia recurrida en apelación y, consecuentemente, se modificará el numeral séptimo de la parte resolutive para

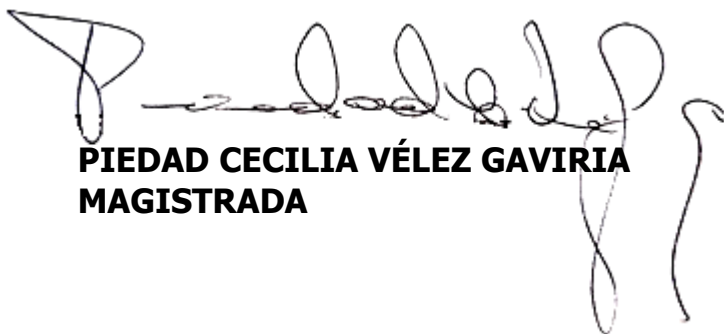
precisar que la condena en costas en favor de la parte demandante será solo por el 30% de las mismas.

DECISIÓN

Sin más consideraciones, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **REVOCA PARCIALMENTE** el numeral **CUARTO** de la sentencia de procedencia y fecha indicadas, en lo referente a los valores reconocidos por afectación a un bien constitucionalmente protegido, así como por daño emergente consolidado y futuro. Y se **MODIFICA PARCIALMENTE** el mismo numeral, para aumentar de VEINTE (20) a SESENTA (60) SMLMV los perjuicios morales reconocidos a cada demandante. Se **MODIFICA** el numeral séptimo para precisar que la condena en costas es por el 30%. En lo demás se **CONFIRMA** la sentencia de primer grado. **Costas** en ambas instancias a cargo de los demandados Saludcoop EPS en liquidación y Pablo Fernando Salgado Salgado y a favor de la parte demandante, pero solo en un 30%.

Ejecutoriada esta decisión, la suscrita ponente fijará las agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
MAGISTRADA



JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
MAGISTRADO



JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
MAGISTRADO
(con aclaración de voto)

Firmas son de la siguiente causa:

Procedimiento: Verbal

Demandante: Alcides de Jesús Gallego Toro y/o

Demandado: Saludcoop Eps en Liquidación y/o

Radicado Único Nacional: 05001 31 03 007 2017 00287 01

Procedencia: Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Medellín

Decisión: Revoca, modifica y confirma parcialmente.

Firmado Por:

Piedad Cecilia Velez Gaviria

Magistrada

Sala 002 Civil

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **3adfd52dd20ac150855fa57b349ef3d90b9f3b3c279e3c6789244d565b606e4b**

Documento generado en 08/05/2023 05:22:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>