

TEMA: RESPONSABILIDAD MÉDICA - Está compuesta por los elementos de la acción resarcitoria, por cuanto se encuentra soportada en idénticos presupuestos; cuando se ha infligido daño a una persona nace el deber indemnizatorio. / **NEXO CAUSAL** - Sólo puede ser develado en “las reglas de la vida, el sentido común y la lógica de lo razonable, pues estos criterios permiten particularizar, de los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, cuál de ellos tiene la categoría de causa. / **TESTIGO TÉCNICO** - Sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso. / **CARGA DE LA PRUEBA** - Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. / **RESPONSABILIDAD POR PERDIDA DE OPORTUNIDAD** – Se crea con el fin de establecer si la acción u omisión de la entidad demandada restó al paciente una oportunidad de recuperar su salud. /

HECHOS: En el presente proceso verbal, pretende la actora que se declare a la sociedad demandada extracontractualmente responsable de los perjuicios extrapatrimoniales sufridos por las demandantes, Subsidiariamente, pretende la declaratoria de responsabilidad civil por la pérdida de la oportunidad de las demandantes de disfrutar del nacimiento y supervivencia de sus hijos y nietos. El juez profirió sentencia desestimatoria de las pretensiones, al no acreditarse el nexo causal como uno de los presupuestos configurativos de la responsabilidad civil extracontractual. Corresponde a la sala analizar si se acreditó el nexo causal como elemento axiológico de la responsabilidad médica y si por el contrario la decisión deberá ser confirmada.

TESIS: La responsabilidad médica está compuesta por los elementos de la acción resarcitoria, por cuanto se encuentra soportada en idénticos presupuestos; cuando se ha infligido daño a una persona nace el deber indemnizatorio. Los involucrados en la prestación del servicio de salud no están exentos de dicho compromiso; si en desarrollo de su actividad sea por negligencia, impericia, imprudencia o violación a su reglamentación, afecta negativamente a los pacientes, debe indemnizarlos siempre y cuando se acredite por la víctima los elementos de la responsabilidad médica. Para derivar responsabilidad civil de los médicos o de las instituciones o entidades prestadoras de servicios de salud, el demandante debe probar (i) culpa médica, manifestada en el desconocimiento de los protocolos médicos o *lex artis* (no sometidos a modelos prefigurados); (ii) daño; y (iii) que el daño fue causado por ese desconocimiento o culpa médica (nexo de causalidad). (...) En la búsqueda del nexo causal concurren elementos fácticos o materiales y jurídicos, resultando indefectible la prueba material, para lograr una condena indemnizatoria. La Corte expresó, “El aspecto material se conoce como el juicio *sine qua non* y su objetivo es determinar los hechos o actuaciones que probablemente tuvieron injerencia en la producción del daño, por cuanto de faltar no sería posible su materialización. Para estos fines, se revisa el contexto material del suceso, analizado de forma retrospectiva, para establecer las causas y excluir aquellas que no guardan conexión, en términos de razonabilidad. Con posterioridad se hace la evaluación jurídica, con el fin de atribuir sentido legal a cada gestión, a partir de un actuar propio o ajeno, donde se hará la ponderación del tipo de conexión y su cercanía.” (...) El testigo técnico “es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales”. A diferencia de un testigo común, la declaración surtida por un perito técnico debe rendirse y apreciarse de manera diferente, mientras al testigo común se le prohíben apreciaciones o impresiones personales en su declaración, al testigo experto le está permitido siempre que lo sea con ocasión a su saber profesional o académico y se relacionen con los hechos objeto del testimonio a efectos de lograr su ilustración. El perito, dada la labor encomendada, realiza valoración posterior de documentos, exámenes físicos, apreciaciones clínicas

y el testigo técnico se vale de su conocimiento directo o personal de la situación para dar una opinión vinculada directamente a partir de sus conocimientos especializados. (...) En materia probatoria, es principio general quien invoca un hecho, respecto del cual aspira a derivar consecuencias jurídicas, debe acreditarlo, con algunas excepciones como los hechos notorios; las afirmaciones y negaciones indefinidas, casos en los cuales la Ley dispone la inversión de la carga o cuando según las circunstancias haya lugar a ordenar judicialmente prueba compartida o dinámica. (...) La distribución de los deberes probatorios no genera exoneración de la carga de la prueba, siendo que las pruebas pertenecen al proceso y no a las partes, por lo tanto, la carga de la prueba no es un derecho del contendiente, ni propiamente una obligación, sino un asunto de riesgo que asume quien no ejerce un rol activo en demostrar los supuestos fácticos de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen. (...) La ausencia de un adecuado diagnóstico, la tardanza en la práctica de una evaluación médica o la demora en un tratamiento, entre otros, son diversos supuestos en los que puede evaluarse el alcance de esa noción de pérdida en el tema médico. Se precisa que en este campo la pretensión indemnizatoria tendrá que confeccionarse bajo unos parámetros muy específicos; de esta manera, el daño como tal se concibe como la pérdida de oportunidad. (...) La indemnización debe ser menor cuando hay pérdida de oportunidad, no pudiendo corresponder a la proveniente al daño final del paciente como producto de la enfermedad que padece. Por esto, no debe confundirse la responsabilidad por daños derivada del error del agente médico con la pérdida de oportunidad causada por la deficiencia en la prestación de un servicio asistencial requerido con urgencia.

MP. RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ

FECHA: 13/12/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, trece de diciembre de dos mil veintitrés

De conformidad con la Ley 2213 de 2022 se procede a decidir por escrito, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia proferida el 17 de julio de 2023 por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Medellín, en el proceso verbal adelantado por LEIDY YOHANA GAVIRIA BARRERA y MARINA DE LOS DOLORES BARRERA DE GAVIRIA contra SALUD TOTAL EPS SA y ALLIANZ SEGUROS SA.

1. ANTECEDENTES

1. En el año 2015 la demandante afiliada a la EPS SALUD TOTAL, empezó a gestar un embarazo trigemelar, tricorial, triamniótico (cada uno de los bebés tenía placentas y sacos amnióticos independientes).
2. En los primeros meses de gestación los trillizos no poseían problemas morfológicos, malformaciones fetales ni anormalidad cromosómica; LEIDY YOHANA no tenía antecedentes de enfermedades, no fumaba, ni consumía drogas o alcohol.
3. Dados los riesgos propios del embarazo múltiple, los médicos especialistas adscritos a las IPS a través de las cuales SALUD TOTAL EPS SA prestan sus servicios, sugirieron y ordenaron repetidamente el suministro a LEIDY YOHANA GAVIRIA de medicamentos con

progesterona, buscando normalizar los niveles hormonales de su gestación.

4. El 21 de septiembre de 2015 médico adscrito a la Clínica Virrey Solís IPS, paciente con “**DEFICIENCIA DE PROGESTERONA**”; el mismo día en la ecografía obstétrica transvaginal del Centro de Investigaciones Médicas de Antioquia (CIMA), sugiere en las conclusiones “**iniciar el uso de progesterona.**”
5. El 24 de octubre de 2015 conforme historia clínica de la Clínica del Prado se le dio una “**fórmula con progesterona.**”
6. El 30 de octubre de 2015 el médico tratante prescribe orden extra de UTROGESTÁN cada 12 horas y por 30 días.
7. El 25 de noviembre de 2015 se emite orden médica de “**UTROGESTAN 200 MG (PROGESTERONA MICRONIZADA 200 MG)**”, una unidad cada 12 horas, por 30 días (60 tabletas).
8. El 9 de diciembre de 2015 en nota suscrita por médico tratante, “**se insiste en uso de progesterona por embarazo de alto orden y riesgo de parto pretérmino al ser de 3 bebés.**”
9. El 29 de diciembre de 2015 se ordenó nuevamente el suministro de progesterona a la demandante.
10. SALUD TOTAL EPS SA sólo hizo una entrega de los medicamentos ordenados por los especialistas, pese a la insistencia en el uso de progesterona; en la historia clínica de Virrey Solís IPS del 4 de noviembre de 2015 se dejó constancia, “**PACIENTE CON PÉSIMA ACTITUD HACIA LA EPS, PASIVA AGRESIVA, “LA EPS NO ME QUISO DAR EL MEDICAMENTO...**”; en la historia clínica de la Clínica El Prado el 9 de diciembre se dejó nota, “**pese a las órdenes de progesterona, las medicinas no se entregaron**”; en consulta del 3 de enero del 2015 se mencionó que se recibió el tratamiento con progestágenos “**hasta hace 2 meses.**”
11. La justificación de la prescripción del medicamento consta en el Formulario de Justificación del Medicamento NO POS del 25 de

noviembre de 2015 suscrito por médico tratante ordenando, **“UTROGESTAN 200 MG (PROGESTERONA MICRONIZADA 200 MG)/ UNIDAD”**; justificando **“El tratamiento con el medicamento No Pos solicitado es: Urgente...La Fórmula Cumple con lo Dispuesto en el Decreto 2200 de 2005: Si...TIEMPO DE RESPUESTA ESPERADO inmediato...EFECTO TERAPÉUTICO DESEADO prevención de contracciones y parto pre término... JUSTIFICACIÓN PARA FORMULAR EL MEDICAMENTO/ COMPONENTE - Existe riesgo inminente para la vida y salud del paciente. - Se han agotado las posibilidades terapéuticas existentes en el POS sin obtener respuesta clínica o paraclínica satisfactoria. - La prescripción del medicamento coincide con las condiciones terapéuticas que han sido aprobadas por el INVIMA en el registro sanitario”**; en el mismo sentido el 29 de diciembre del 2015 el médico Ginecobstetra justificó el envío de progesterona para impedir el parto prematuro

12.El 3 de enero de 2016 LEIDY YOHANA consulta porque **“tengo dolores bajitos y me está saliendo una baba roja”**, lo que fue calificado por los médicos como un aborto en curso, porque los bebés no eran viables en peso ni en edad gestacional; ese mismo día la demandante tiene parto prematuro de sus tres bebés.

13.A las 19:47 nace el primer bebé vivo de sexo masculino, que intenta llorar con leves reflejos de movimiento; se registró su defunción a las 19:48

14.A las 22:03 nace el segundo bebé vivo, de sexo femenino, quien tenía llanto débil y leves reflejos de movimiento; se registró su defunción a las 22:16.

15.A las 23:30 nace el tercer bebé sin vida, de sexo masculino.

16.LEIDY YOHANA GAVIRIA y su madre MARINA DE LOS DOLORES BARRERA BUILES, han sufrido fuerte congoja y aflicción como consecuencia de la muerte de los tres bebés y se han alterado sus

condiciones de existencia como consta en la historia clínica de la Clínica El Prado.

17. Solicitaron (i) declarar a SALUD TOTAL EPS SA civil y extracontractualmente responsable de los perjuicios extrapatrimoniales sufridos por las demandantes; (ii) condenar a SALUD TOTAL EPS SA pagar a LEIDY YOHANA GAVIRIA BARRERA el equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes por daño moral y 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes por daño a la vida en relación; a MARINA DE LOS DOLORES BARRERA BUILES por los mismos conceptos el equivalente a 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cada uno; más intereses moratorios sobre dichas sumas liquidados a la tasa máxima legal desde la fecha de notificación de la demanda conforme al numeral 3° del artículo 1608 del Código Civil; (ii) conforme lo dispuesto en el artículo 1133 del Código de Comercio ALLIANZ SEGUROS SA es solidariamente responsable.
18. Subsidiariamente, la declaratoria de responsabilidad civil por la pérdida de la oportunidad de las demandantes de disfrutar del nacimiento y supervivencia de sus hijos y nietos; el reconocimiento de idénticos rubros por concepto de daño extrapatrimonial y la condena a la aseguradora en los términos de la pretensión principal.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda¹, su reforma² y los llamamientos en garantía³; se pronunció la parte demandada y la llamada en garantía proponiendo las excepciones:

¹ Providencia del 30 de enero de 2018

² Providencia del 09 de agosto de 2021

³ Cuadernos 2 al 11 de primera instancia.

2.1 ALLIANZ SEGUROS SA, INEXISTENCIA DE SEGURO PARA ACTUACIONES DE SALUD TOTAL EN CALIDAD DE EPS, INEXISTENCIA DE COBERTURA PARA EL CASO EN CONCRETO, INEXISTENCIA DE SINIESTRO CUBIERTO POR LA PÓLIZA 021759535 y SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA CON CULPA PROBADA.

2.2. SALUD TOTAL EPS SA, CUMPLIMIENTO DE LA FUNCIÓN BÁSICA DE SALUD TOTAL COMO EPS Y DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES FRENTE LA AFILIADA LEIDY YOHANA GAVIRIA BARRERA, CARENCIA DE IMPUTACIÓN A SALUD TOTAL EPS SA DE LAS PRESUNTAS OMISIONES EN LA AUTORIZACIÓN Y SUMINISTRO DEL MEDICAMENTO PROGESTERONA Y SU INCIDENCIA EN EL RESULTADO FINAL, IMPROCEDENCIA DE REPROCHE A LAS DEMANDADAS DEL EMBARAZO PRETÉRMINO DE LA PACIENTE COMO CONSECUENCIA DEL INCOMPLETO SUMINISTRO DEL MEDICAMENTO, “CULPA PROBADA” COMO PRINCIPIO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA, APLICABLE EN VIRTUD DEL ART. 167 DEL CGP, COBRO DE LO NO DEBIDO CON EL CONSECUENTE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA-EXCESIVA TASACIÓN DE PERJUICIOS.

SALUD TOTAL EPS SA llamó en garantía a CHUBB SEGUROS COLOMBIA SA, CLÍNICA DEL PRADO IPS y VIRREY SOLÍS IPS, que excepcionaron:

2.2.1 CHUBB SEGUROS COLOMBIA SA, INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE SALUD TOTAL EPS, CARGA MÉDICA- LA CULPA MÉDICA DEBE SER PROBADA, INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD, INEXISTENCIA DE HECHO ILÍCITO, INEXISTENCIA DE DAÑO INDEMNIZABLE, AUSENCIA DEL

DAÑO EN LOS TÉRMINOS Y CUANTÍAS SOLICITADAS, INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL, LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO, DISPONIBILIDAD DEL VALOR ASEGURADO, COBERTURA- LIMITACIÓN DE RIESGO y DEDUCIBLE.

2.2.2 CLÍNICA DEL PRADO SA, CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LEGALES Y CONTRACTUALES, IMPOSIBILIDAD DE ATRIBUIR EL DAÑO A LA ACTUACIÓN DE CLÍNICA DEL PRADO SA y RIESGO INHERENTE.

CLÍNICA DEL PRADO SA llamó en garantía a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA SA y SALUD TOTAL EPS SA, que excepcionaron:

2.2.3 SEGUROS GENERALES SURAMERICANA SA, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA ASEGURADA, AUSENCIA DE FALLA EN LA ATENCIÓN MÉDICA DISPENSADA A LA PACIENTE, NO ATRIBUIBILIDAD DEL DAÑO A LA ASEGURADA, AUSENCIA DE COBERTURA y LIMITACIÓN DE COBERTURA SEGÚN LAS CONDICIONES DE LA PÓLIZA.

2.2.4 SALUD TOTAL EPS SA no excepcionó el llamamiento.

2.2.5 VIRREY SOLÍS IPS SA, INEXISTENCIA DE CULPA MÉDICA EN LAS ATENCIONES SUMINISTRADAS EN UNIDADES DE VIRREY SOLÍS IPS SA A LEIDY YOHANA GAVIRIA, EL DAÑO ALEGADO POR LOS DEMANDANTES NO TIENE RELACIÓN DE CAUSALIDAD CON LA ATENCIÓN MÉDICA SUMINISTRADA EN LAS UNIDADES DE VIRREY SOLÍS IPS SA E INEXISTENCIA DE PERJUICIOS INDEMNIZABLES A CARGO DE VIRREY SOLIS IPS SA.

VIRREY SOLÍS IPS SA llamó en garantía a LIBERTY SEGUROS SA, que excepcionó:

2.2.6 LIBERTY SEGUROS SA, INEXISTENCIA DE PRUEBA QUE DEMUESTRE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA, OBLIGACIÓN DE MEDIO – EXONERACIÓN POR CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE LA PARTE DEMANDADA, INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL, INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE ACTORA DEL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO, AUSENCIA DE PRUEBA PERJUICIOS MATERIALES E INMATERIALES O EXCESIVA TASACIÓN. COBERTURA CLAIMES MADE, EXCLUSIONES, LÍMITE VALOR ASEGURADO Y DISPONIBILIDAD DEL MISMO, AUSENCIA DE RESTABLECIMIENTO AUTOMÁTICO DEL LIMITE ASEGURADO, AUSENCIA DE COBERTURA DE GASTOS PROCESALES, DOLO, CULPA GRAVE Y ACTOS MERAMENTE POTESTATIVOS INASEGURABLES, DEDUCIBLE PACTADO, PRESCRICIÓN DE LA ACCIÓN.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Civil del Circuito de Oralidad profirió sentencia desestimatoria de las pretensiones el 17 de julio de 2023, al no acreditarse el nexo causal como uno de los presupuestos configurativos de la responsabilidad civil extracontractual.

Conforme con la sentencia SC7110 de 2017 Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, abordó el tema de la responsabilidad médica, ubicando la relación médico- paciente como de medio, por lo que la carga de

la prueba corresponde a la parte demandante quien debe acreditar la negligencia o impericia del médico.

Refirió antecedente del Consejo de Estado que aborda el tema en un caso en que el embarazo se desarrolló normal, la normalidad es indicio que el alumbramiento debe ser normal; sin embargo, la demandante no se releva de la carga de la prueba de los elementos de responsabilidad; la víctima del daño debe demostrar la falla que acusa en la atención y que tal falla fue la causa del daño por la cual pide indemnización.

Siendo elementos de la responsabilidad el daño, el hecho generador del mismo y el nexo causal, para el caso, el daño se configuró acreditado con la pérdida de los 3 bebés por el parto pretérmino.

Respecto del hecho generador, la historia clínica da cuenta que el 21 de septiembre de 2015 se dispuso primero realizar el examen de la hormona progesterona para considerar el suplemento; el 23 de septiembre de 2015 se informó resultado del examen de progesterona en 39.66 el cual estaba dentro de los estándares normales, el galeno no consideró necesario el suministro del medicamento; el 24 y 30 de octubre de 2015 sí se dio fórmula de progesterona y se anotó en la historia clínica “*recibiendo micro nutrientes y progesterona*”; el 4 de noviembre de 2015 la paciente manifestó “*estoy tomando progesterona*”; para el 6 de noviembre estaba siendo suministrada, lo que coincide con su dicho “*el medicamento me lo entregaron una sola vez*”; el representante legal de la EPS en interrogatorio, “*la única autorización lo fue el 04 de noviembre de 2015 por el término y cantidad prescritos.*”

La paciente contó con ese medicamento por 30 días del 4 de noviembre al 4 de diciembre de 2015; sin embargo, en las consultas del 25 de noviembre de 2015, el 9 y el 29 de diciembre del mismo año, continuaron ordenando e insistiendo en dicho medicamento; en la última fecha el mismo médico llena

el formulario de justificación de su entrega, prescripciones no fueron entregadas.

Entre el 5 de diciembre de 2015 y el 3 de enero de 2016 la demandante no tuvo acceso a este medicamento; la EPS violó el artículo 6 Ley 1751 e inobservó artículo 11 de la misma Ley que trata a las mujeres en estado de embarazo como personas con protección especial, hubo comportamiento omisivo de sus deberes legales.

Para probar el nexo causal debió acreditar la demandante que el no suministro de la progesterona entre el 5 de diciembre de 2015 y el 3 de enero de 2016 fue lo que produjo el fatídico desenlace del embarazo.

El representante legal de Virrey Solis, de la auditoría a la historia clínica no advirtió que por su entidad se le enviara progesterona a la paciente y que sólo hasta el 4 de noviembre de 2015 ella manifestó que la estaba tomando; guarda coherencia con la historia clínica, le fue prescrita por la Clínica El Prado; la representante legal de la Clínica El Prado indicó, ***“lo que se busca con el suministro de la progesterona es evitar la contractibilidad del útero”***, la progesterona está prevista para ayudar que no se contraiga el útero no para evitarlo.

La perito médica indicó los riesgos para las gestaciones multifetales; respecto del uso de progesterona su suministro no reduce los riesgos de parto pretérmino, su uso no está recomendado, es controvertido y los datos no dan cuenta de ser recomendados en embarazos trigemelares; el uso de progesterona con la paciente lo fue como un intento del personal de salud para superar las estadísticas desfavorables, pese a que su uso no era el recomendado para esta clase de paciente; lo anterior guarda coherencia con lo declarado por los testigos médicos.

El no suministrarse la progesterona a la demandante en ese período no tuvo ninguna incidencia causal en el parto prematuro, al unísono se aduce por los especialistas que no existe ningún estudio conclusivo para embarazos trigelares que avale la utilidad de la progesterona, máxime que se trataba de embarazo de alto riesgo, a ello se suman las estadísticas de parto pretérmino en embarazos de 2 o más bebés que está entre el 93 y 98%.

Le correspondía demostrar a la parte actora que suministrar progesterona entre el 4 de noviembre y el de diciembre de 2015, evitaría el parto pretérmino.

El daño reclamado no obedece a una causa imputable a la parte demandada y si hubo dificultad en la entrega del medicamento, no fue la causa de atribución del daño.

6. APELACIÓN

El A Quo no decidió las pretensiones subsidiarias por pérdida de la oportunidad; la orden de progesterona, si bien no garantizaba el parto seguro, sí creaba un escenario más favorable para Leidy y sus hijos.

El Despacho da por probado que SALUD TOTAL EPS desconoció las órdenes de progesterona de los médicos tratantes; cuestiona la procedencia de las pretensiones siendo que el embarazo múltiple es de alto riesgo, siendo la razón por la cual este requería más cuidados de parte de la EPS, para incrementar las oportunidades de evitar el aborto.

Más allá de las discusiones sobre si la progesterona es una manera 100% fiable de evitar el aborto, aumenta las oportunidades de que así sea; en el minuto 57:44 de la sentencia, la auxiliar de la justicia de la Universidad de Antioquia afirmó que, la progesterona se envió a la demandante para realizar todo lo médicamente posible para evitar un aborto y Leidy Gaviria tenía

derecho a que se hiciera todo lo médicamente posible para evitar el aborto; allí se configura la pérdida de la oportunidad.

Es indicio para la prosperidad de los bebés, que se trató de un embarazo “tricorial triamniótico”, en el que se presenta un riesgo de morbilidad menor en comparación con los diversos tipos de embarazos múltiples, cada uno de los bebés tiene placentas y sacos amnióticos independientes. Los trillizos, en los primeros meses de gestación tenían bajas probabilidades de un parto pretérmino o aborto, los bebés no poseían problemas morfológicos y la madre era saludable.

Ante la deficiencia de progesterona de Leidy, cuatro especialistas insistieron, para su bienestar y de sus hijos, su uso, justificando con contundencia la recomendación en efecto terapéutico para la prevención de contracciones y parto pretérmino dado que se agotaron las posibilidades terapéuticas existentes en el POS para impedir el parto prematuro.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de enero de 2001 - exp. 5507, ha exigido la inversión de la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil médica, justamente por la dificultad que supone al actor la acreditación de la culpa y el nexo de causalidad; debió darse aplicación a lo previsto en el numeral 2 artículo 96 del CGP y sancionar con la presunción legal los hechos respecto de los cuales SALUD TOTAL EPS se pronunció con evasivas en la contestación de la demanda.

Está probado que la negligencia de SALUD TOTAL EPS de suministrar medicamentos con progesterona fue la causa adecuada del aborto; los médicos tratantes insistieron en el suministro de progesterona para evitar el parto prematuro; está probada la relación de causalidad.

En caso de no prosperar la pretensión principal, subsidiariamente, se aplique la pérdida de la oportunidad, por ser innegable que la omisión en suministro de medicamentos con progesterona hizo que se disminuyera sustancialmente la oportunidad de que Leidy siguiera con un embarazo normal, de manera que sería más probable que los bebés nacieran con vida.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

¿Se acreditó el nexo causal como elemento axiológico de la responsabilidad médica?

¿Carga dinámica de la prueba?

¿Se configuró responsabilidad de SALUD TOTAL EPS por pérdida de la oportunidad?

8. CONSIDERACIONES

8.1 ¿Nexo causal como elemento axiológico de la responsabilidad médica?

La responsabilidad médica está compuesta por los elementos de la acción resarcitoria, por cuanto se encuentra soportada en idénticos presupuestos; cuando se ha infligido daño a una persona nace el deber indemnizatorio.

Los involucrados en la prestación del servicio de salud no están exentos de dicho compromiso; si en desarrollo de su actividad sea por negligencia, impericia, imprudencia o violación a su reglamentación, afecta negativamente a los pacientes, debe indemnizarlos siempre y cuando se acredite por la víctima los elementos de la responsabilidad médica.

Para derivar responsabilidad civil de los médicos o de las instituciones o entidades prestadoras de servicios de salud, el demandante debe probar (i) culpa médica, manifestada en el desconocimiento de los protocolos médicos o *lex artis* (no sometidos a modelos prefigurados); (ii) daño; y (iii) que el daño fue causado por ese desconocimiento o culpa médica (nexo de causalidad).

El nexo causal, como condición necesaria para la configuración de la responsabilidad, sólo puede ser develado en términos que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia⁴, en *“las reglas de la vida, el sentido común y la lógica de lo razonable, pues estos criterios permiten particularizar, de los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un resultado, cuál de ellos tiene la categoría de causa.”*

Para tal fin, *“debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que sólo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud”* (SC, 15 en. 2008, rad. 2000-673-00-01; en el mismo sentido SC, 6 sep. 2011, rad. 2002-00445-01).

En la búsqueda del nexo causal concurren elementos fácticos o materiales y jurídicos, resultando indefectible la prueba material, para lograr una condena indemnizatoria.

En sentencia SC3919-2021 la Corte expresó, *“El aspecto material se conoce como el juicio sine qua non y su objetivo es determinar los hechos o actuaciones que probablemente tuvieron injerencia en la producción del daño, por cuanto de faltar no sería posible su materialización. Para estos*

⁴ SC3919-2021 Radicación n° 66682-31-03-003-2012-00247-01 Magistrado ponente AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

finés, se revisa el contexto material del suceso, analizado de forma retrospectiva, para establecer las causas y excluir aquellas que no guardan conexión, en términos de razonabilidad. Con posterioridad se hace la evaluación jurídica, con el fin de atribuir sentido legal a cada gestión, a partir de un actuar propio o ajeno, donde se hará la ponderación del tipo de conexión y su cercanía.”

Siendo coherente con jurisprudencia de la Sala Civil que en sentencia SC13925 de 24 de agosto de 2016, *“Aun cuando el hecho causa y el hecho resultado pertenecen al mundo de la realidad natural, el proceso causal va a ser en definitiva estimado de consuno con una norma positiva dotada de un juicio de valor, que servirá de parámetro para mensurar jurídicamente ese encadenamiento de sucesos. Para la debida comprensión del problema, ambos niveles no deben confundirse. De este modo, las consecuencias de un hecho no serán las mismas desde el punto de vista empírico que con relación al área de la juridicidad. En el iter del suceder causal el plexo jurídico sólo toma en cuenta aquellos efectos que conceptúa relevantes en cuanto pueden ser objeto de atribución normativa, de conformidad con las pautas predeterminadas legalmente, desinteresándose de los demás eslabones de la cadena de hechos que no por ello dejan de tener, en el plexo ontológico, la calidad de ‘consecuencias.’⁵”*

Este doble análisis resulta exigible en la evaluación de la configuración del nexo causal de cara al resultado dañoso de una omisión médica; la falta de una conducta, cuando era exigible, evidencia una consecuencia de la que deviene una situación perjudicial para la víctima; por ello, es necesario que el aspecto fáctico sea probado a través de cualquiera de los medios reconocidos en el estatuto procesal.

⁵ Goldemberg, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 8

Los argumentos de la apelación soportan la tesis que existe prueba de la responsabilidad civil, incluyendo el nexo de causalidad; encontraron acreditados por el *a quo* los demás elementos de imputación, (i) omisión negligente en la administración de progesterona a la demandante entre el 5 de noviembre de 2015 y el 3 de enero de 2016; (ii) el daño concretado en la pérdida de los 3 bebés por el parto pretérmino.

Para determinar la convergencia del nexo causal, ¿la omisión en el suministro de la progesterona entre el 5 de diciembre de 2015 y el 3 de enero de 2016 fue lo que produjo el fatídico desenlace del embarazo de la demandante?

La respuesta se encuentra en la prueba pericial cuya contradicción se surtió con la intervención de la perito y en las declaraciones de los médicos tratantes de diferentes especialidades dada su calidad de “testigos técnicos”; categoría que se cataloga jurisprudencialmente, como *“aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso”*...*“es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales”* (CSJ SP, 11 abr 2007, rad. 26128).

A diferencia de un testigo común, la declaración surtida por un perito técnico debe rendirse y apreciarse de manera diferente, mientras al testigo común se le prohíben apreciaciones o impresiones personales en su declaración, al testigo experto le está permitido siempre que lo sea con ocasión a su saber profesional o académico y se relacionen con los hechos objeto del testimonio a efectos de lograr su ilustración. El perito, dada la labor encomendada, realiza valoración posterior de documentos, exámenes físicos, apreciaciones clínicas y el testigo técnico se vale de su conocimiento directo o personal de la situación para dar

una opinión vinculada directamente a partir de sus conocimientos especializados.

En audiencia, la Dra. Isabel Cristina Liscano Bedoya, Médica especialista en Gerencia, directora médica y representante legal de la Clínica del Prado, indicó tener conocimiento de los hechos por los cuales fue llamada a audiencia; dada su especialidad técnica científica relató, *“la demandante fue paciente de 24 años con embarazo múltiple trigelar quien ingresa al programa de alto riesgo obstétrico de la institución desde la semana 14; ¿qué fecha fue? 30 de octubre de 2015 pero ya había tenido 3 ingresos por urgencias donde se descartó infección y se realizaron ecografías para descartar riesgo inminente de aborto; el primer ingreso 13 octubre de 2015 valorada por sangrado vaginal. Cérvix sin cambios, se le habían realizado ecografías previas, se envió a tamizaje genético. Segundo ingreso 21 de octubre, consultó por “dolor bajito tipo cólico” valoración embriones con vitalidad. El 24 de octubre consultó por “fluyo café y vomito”. Embarazo de alto riesgo por ser trigilar es normal el flujo vaginal café, se envió medicamento para el vómito y progesterona; ¿antes se le había enviado progesterona? Por la clínica del prado no; ¿se le suministró? No; ¿Cómo debió haber accedido la señora leidy a esa progesterona? Se hace la formulación y la paciente va a su IPS básica para que le entreguen los medicamentos con la autorización de los mismos; ¿supo usted qué destino tuvo esa orden de progesterona ordenada ese 24 de octubre? No, puedo verificar de acuerdo a la historia clínica el ordenamiento. Continúa, el 30 de octubre ingresa por consulta obstétrica programada, ordena continuar con progesterona 200mg cada 12 horas y control por cervicometría, se ordenaron 60 capsulas de progesterona -30 días. Otro ingreso el 6 de noviembre, relató dolor ocasional en espalda, que no sentía los bebés, se le explica que ello no es perceptible en esa edad gestacional. El 24 de noviembre no fue a consulta. El 25 de noviembre asistió, se le envió ecografía y se ordenó iniciar multivitamínico y continuar con la*

progesterona. El de diciembre de 2015 valoraron cervicometría y pesos de los bebés, vitalidad de los mismos, sin cambios importantes. El 29 de diciembre de 2015 embarazo de 21 semanas, evolución dentro de lo normal. El 3 de enero de 2016 consultó por salida de flujo sanguinolento y dolor bajito...a paciente estaba dilatando... amenaza de parto pretérmino por la edad gestacional...hospitalizamos la paciente para intentar detener el proceso de dilatación, a pesar del tratamiento continua el proceso de dilatación que avanzaba rápidamente...no había manera de detener que la dilatación se detuviera...parto pretérmino inminente a las 23 semanas más 2 días, en donde por la inmadurez fetal, pulmón y peso, son fetos inviables; ¿la orden médica de la progesterona fue renovada después de las 60 capsulas? El 25 de noviembre se indica –continuar el manejo- el 9 de diciembre se insiste en el tratamiento. Para ese entonces debió haber tenido la renovación. Continua, el 3 de enero de 2016...no es una conducta de la clínica “terminar la gestación...lo que hicimos fue atender el parto que evolucionó espontáneamente a pesar de los tratamientos para evitarlo. Lo que hicimos fue atender el nacimiento de los 3 bebés; ¿explíqueme a esta audiencia el tema de la inmadurez de los fetos? Tenemos diferentes edades gestacionales, los bebés viables en unidad de cuidado neonatal lo son por encima de la semana 27 o de 700gr hacia arriba, estos bebés estaban por los 550, 525gr y edad gestacional de 23 semanas y dos días. Existe posibilidad de iniciar proceso de maduración pulmonar pero a esta edad gestacional los receptores de los pulmones de los bebés no están aptos para recibir la medicación que necesitan para ayudar a madurar los pulmones...por la edad gestacional no había indicación de aplicar esta medicación. Así nacieran y tuvieran cuidados completos, son bebés que no van a progresar; ¿la única hospitalización que tuvo la señora Leidy en la clínica del prado? Fue el 3 de enero; ¿Qué objetivo tiene la progesterona en personas con amenaza de aborto? Relajación que se debe hacer en el músculo uterino. Al promover esa relajación el músculo va a disminuir su contractividad y al disminuirla no va a tener efectos en el cuello de la matriz para que se dilate.

Ese es el efecto que buscamos. En el embarazo múltiple el útero va a tener mayor riesgo de que se contraiga; ¿los niveles bajos de progesterona pueden causar la muerte fetal o aborto involuntario? Si, la progesterona finalmente ayuda a sostener el nido donde están los embriones, en el caso de la paciente, así tuviera niveles de progesterona dentro del límite normales, se considera que puede tener un beneficio al hacer una administración del mismo por los efectos que puede causar sobre el musculo uterino para prevenir la contractilidad pues la paciente presentaba antecedentes de dolor bajito y sangrado vaginal. Muchos estudios evidencian que disminuye en sangrado, otros dicen que pueden no servir; ¿sí ayuda a evitar el aborto? Si, de hecho, por eso fue que lo enviamos; ¿qué pasa si la señora leidy no tomaba la progesterona? Para la época y de acuerdo a los estudios decir que se hiciera el ordenamiento no es 100% posibilidad de que eso no va a suceder, tampoco se puede afirmar que si se hubiese hecho el tratamiento hubiese a terminar en el final que tuvo la usuaria...las principales dos causas de parto pretérmino o amenaza de aborto son las enfermedades urinarias y de flujo vaginal, no es solamente por la contractilidad del útero. En pacientes con embarazo múltiple ¿Cuál es la diferencia entre el efecto relajante y causas de parto pre término? Las causas de parto pretérmino son multifactoriales. Lo que pretendemos con el tratamiento es ayudar a que el musculo no se contraiga, lo que no quiere decir que finalmente no se va a contraer y no va a ayudar al parto pretérmino como fue en este caso; ¿en este caso habían causas para contracción uterina? De acuerdo a declaración anterior, supe que la paciente tuvo infección urinaria, ese es un factor para la amenaza de aborto; ¿Leidy tenía los niveles bajos de progesterona? De acuerdo a la edad gestacional le fue suministrada no por niveles bajos sino por el efecto deseado.

En audiencia, el Dr. Jader de Jesús Gómez Gallego, Médico Cirujano y Ginecobstetra de la U de A. y en la Clínica del Prado desde el año 2008, manifestó tener conocimiento directo de los hechos por los cuales fue llamado

a audiencia; dada su especialidad técnica científica, *¿tiene conocimiento porqué lo llamaron a esta audiencia? Si, por una atención que le realicé a la señora Leidy Jhoana Gaviria barrera el día 29 de diciembre de 2015, una consulta de alto riesgo obstétrico; ¿qué encontró usted en la paciente? Se trataba de una paciente de 24 años...primera gestación trigelar, tricoreal (membranas que envuelven al bebé), triamniótico (membranas que envuelven al bebé), 22 semanas y 4 días; ¿esa condición es normal o es poco común? Muy poco común y es considerada de muy alto riesgo durante la gestación. Continúa, evalué tamizaje genético considerado por el que la realizó de bajo riesgo de las condiciones genéticas de los bebés, se revisó también cervicometría y ecografía de tercer nivel, ambas normales...no percibí actividad uterina dentro de la consulta –contracciones...en la historia no aparece prescripción de medicamentos...programé para nuevas citas de control y ecografías; ¿en algún momento la señora le puso de presente alguna queja del tratamiento que le estaba brindando? No está en la historia clínica, no se dijo. Aquí se ha hablado de suministro de un medicamento progesterona, ¿sabe usted si ella la venía consumiendo, usted le ordenó una nueva medicación sobre este particular? No, en mi historia clínica no está consignado que le hubiera prescrito la progesterona. En esas condiciones que vio la paciente en ese momento, ¿vio la necesidad de que ella fuera hospitalizada o tuviera un tratamiento especial? No, la encontré dentro de unas condiciones clínicas muy normales y con paraclínicos normales para su gestación; ¿era necesario para ese momento suministrarle progesterona? Para evitar el parto prematuro...ha habido mucha controversia en la literatura y para embarazos de 2 ó 3 bebés...los estudios no han arrojado estudios concluyentes, queda al arbitrio de cada médico; ¿qué objetivo o función cumpliría la progesterona al ser suministrada? Hay artículos que mencionan que podría ayudar para la prevención del parto prematuro, pero ello no se ha podido demostrar en la literatura médica; ¿Cuándo se considera que el feto es viable? Depende del lugar, en la literatura médica en general un bebé de más de 25, 26 semanas de edad*

gestacional y un peso promedio de 700gr en adelante es el consenso más general para las unidades de cuidado intensivo neonatal en nuestro medio; ¿Cuáles son los elementos que inciden en que estos embarazos no lleguen a feliz término? Por la sobre distensión del útero, para estas pacientes la capacidad que tiene el útero de almacenar 3 bebés es mucho, esa sobre distensión puede generar por sí misma la actividad uterina prematura; ¿Cuáles son los cuidados que se deben tener con una paciente con un embarazo de esta categoría? Hacer un examen físico completo...mirar si tiene cambios cervicales, actividad uterina, procesos infecciosos que podrían desencadenar un trabajo de parto prematuro; ¿Cuáles son los signos de alarma para dejar una mujer hospitalizada? Transtornos hipertensivos (para descartar que no tenga preclancia), que no tenga actividad uterina, sangrado vaginal, salida de líquido amniótico, contracciones y de acuerdo con las ecografías. La señora presentaba mucho flujo café ¿no es signo de alarma? En mi atención no lo manifestó; ¿en algún caso se tiene probado que haya servido para prevenir un parto prematuro? La única indicación que tiene actualmente el uso de progesterona es la amenaza de parto prematuro en pacientes con embarazo único y cuyo cuello uterino está acortado al momento de hacer cervicometría, es decir, menos de 25 mm en la longitud cervical...es la única indicación actual de la literatura médica donde posiblemente estemos prescribiendo la progesterona, en embarazos de 2 ó 3 bebés la literatura no es concluyente; ¿los niveles bajos de progesterona pueden causar muerte fetal o aborto involuntario? Solo se ha podido relacionar cuando hay un diagnóstico que se llama insuficiencia del cuerpo luteo, una vez la placenta empieza a ser funcional después de la semana 12 ó 14 de gestación empieza a producir suficiente progesterona para suplir las necesidades de la gestación. Continúa, doy un dato desde la experticia, la amenaza de un parto prematuro cuando hay un feto único, la incidencia es del 10% pero cuando hay un embarazo de 3 o más bebés esa incidencia aumenta al 93%, es un problema sumamente grave en esta clase de embarazos.”

En audiencia, el Dr. Jaid Alexis Cardona Aristizabal, Médico Ginecólogo Obstetra con especialización en Ginecología mínimamente invasiva (laparoscopia), trabaja en la Clínica del Prado hace 11 años, expresó tener conocimiento directo de los hechos por los cuales fue llamado a audiencia; dada su especialidad técnica científica, *“¿sabe usted por qué fue llamado a esta audiencia? En el año 2015, noviembre yo trabajaba como Ginecólogo y Obstetra en la Clínica del prado y tuve la oportunidad de atender, a la paciente que está demandando, en consulta externa el 6 de noviembre de 2015; ¿por qué consultó ella? Consulta de alto riesgo inminente, atendemos pacientes que por una u otra patología relacionada con su gestación tienen más alto riesgo que cualquier tipo de paciente, de desarrollar patologías relacionada con el embarazo... ¿Qué es alto riesgo inminente? Clasificación que tenemos en el alto riesgo –condición obstétrica o médica, obesidad, hipertensión, antecedente de parto prematuro- para generar una atención más eficiente a ese grupo de pacientes que están en el alto riesgo, desarrollamos ...un subgrupo que pueden tener un riesgo mucho mayor de lo considerable...lo hacemos con el fin de captar ese grupo de pacientes y hacerles un seguimiento mucho más estrecho; ¿Por qué la señora leidy estaba en ese grupo? Porque tenía un embarazo trigelar...los riesgos se disparan de una manera bastante alarmante; ¿porcentualmente –si lo sabe- que tan riesgoso es? No en porcentaje porque no lo tengo claro, pero un embarazo trigemelar tiene hasta 10 ó 20 veces más riesgo de las complicaciones...”*

En audiencia, el Dr Álvaro Serna Ospina, Médico Ginecólogo trabaja en Virrey Solís IPS desde el 2016, antes con Salud Total desde 2007, indicó tener conocimiento directo de los hechos por los cuales fue llamado a audiencia; dada su especialidad técnica, *“¿Conoce a leidy Johana Ospina barrera? Es una paciente que fue a una consulta con un embarazo trigelar de 14 semanas, se le hizo examen médico de rutina, se revisaron exámenes de laboratorio...en vista de su embarazo trigelar se decidió enviar para que la*

clínica del prado siguiera el proceso porque era un embarazo de alto riesgo; en ese momento como la encontró? Controlada...signos vitales estables, exámenes de laboratorio normales...estaba incapacitada por las amenazas de aborto. Usted le recetó algún medicamento a la señora? En ese momento ella me comentó que venía recibiendo progesterona micronizada para manejar lo del embarazo trigelar. Usted se la renovó o algo así? La paciente ya tenía una fórmula...se medicamento era no pos ella estaba pendiente de la autorización. Ella le manifestó algún tipo de inconformidad? Si yo hice una nota aclaratoria donde dice que la EPS no le quería dar el medicamento. Uno trata de indicarle al paciente que había que esperar a que se autorizara. La progesterona, ¿cuál es el objetivo que cumple en pacientes como la señora? Antes de las 20 semanas se utiliza para mantener los niveles de progesterona...es la hormona que ayuda a sostener el embarazo...para evitar amenazas de aborto (antes de las 16-18 semanas); ¿historia clínica del 29 de septiembre de 2015: Progesterona 39.66 es baja o alta? Niveles completamente normales, se considera baja cuando está por debajo de 25. ¿la progesterona puede evitar o disminuir las posibilidades de que se presentara amenaza de aborto o parto pretérmino? No hay estudios concluyentes que digan que esto pueda suceder...no hay una evidencia significativa cuando se utiliza después de las 22, 24 semanas...no es algo que se pueda garantizar.”

La Médica Dra. Luisa Fernanda Muñoz Fernández con especialización en Ginecología y Obstetricia de la Universidad de Antioquia, acreditó idoneidad y experticia para la realización del dictamen designado por el Despacho como prueba solicitada por la parte demandante con ocasión al amparo de pobreza reconocido; manifestó no encontrarse impedida y sobre las preguntas que le fueron realizadas, *Qué es la progesterona? Es una hormona compuesta por 21 carbonos que puede ser sintetizada en los ovarios (cuerpo lúteo), la placenta, las glándulas suprarrenales y el hígado. Tiene un papel fundamental en la regulación del ciclo menstrual...y durante el embarazo a*

través de su producción por la placenta. ¿Para qué se recomienda la progesterona en un embarazo? La progesterona producida en el cuerpo femenino es fundamental para el mantenimiento del embarazo en las primeras semanas; se ha asumido que su administración exógena puede tener utilidad en el contexto de prevención de aborto o prevención de parto prematuro...En el contexto de Pérdida gestacional temprana el ACOG en 2018 estableció que “no había evidencia de efecto de la progesterona en la prevención de pérdida gestacional temprana y que su uso en amenaza de aborto es controvertido, pero probablemente quienes se beneficien de recibirla en el primer trimestre sean aquellas mujeres que han tenido 3 o más pérdidas gestacionales previamente” ¿Qué riesgos representa para un embarazo que la madre tenga un bajo nivel hormonal? Se anexan los valores de progesterona en el embarazo de acuerdo con la revisión publicada en el Colegio Americano de Ginecología y Obstetricia: Pregnancy and Laboratory Studies A Reference Table for Clinicians. Sólo hay en la historia clínica aportada para análisis una medición de progesterona el 23/09/2015 el cual para el primer trimestre del embarazo es considerado como normal. Es de resaltar que, aunque la progesterona es una hormona fundamental para el mantenimiento del embarazo, no tiene buen rendimiento para predecir los desenlaces "Una vez que se ha demostrado actividad cardíaca presente, la medición de progesterona en sangre tiene poco valor diagnóstico en la predicción de desenlace de la gestación"... La administración de progesterona para evitar un aborto sólo tiene evidencia de ser efectivo en mujeres con antecedente de 3 o más pérdidas. El Colegio Americano ACOG en su capítulo de pérdida gestacional temprana establece que “no hay efecto beneficioso en suministrar progesterona (vaginal, oral o intramuscular) en la prevención de aborto; en el contexto de amenaza de aborto su uso es controvertido y la evidencia que apoya su uso es pobre; sin embargo, en aquellas que han experimentado al menos 3 abortos previos pudieran beneficiarse de uso de progesterona en las primeras 12 semanas de gestación; ¿cuál cree el perito, a partir de sus conocimientos, que fue la

razón para que los médicos tratantes recomendaran tales medicamentos? La progesterona micronizada viene en tabletas que pueden suministrarse a las mujeres en diferentes contextos y salvo por algunos efectos secundarios como somnolencia, estreñimiento, vómito o cefalea es relativamente inocuo para la salud de la mujer. En vista de que su uso no es dañino, de que tiene evidencia de utilidad en otros contextos que no eran el caso de esta paciente y que no había más que ofrecer para intentar superar las estadísticas desfavorables que esta gestación triple de por si suponía, creo que la prescripción de la progesterona en esta paciente suponía un esfuerzo y una esperanza del personal de salud de intentar ofrecer todo lo médicamente disponible para mejorar los resultados y lograr un desenlace favorable aun cuando la evidencia de las guías de práctica clínica no lo recomendaran en el contexto de esta mujer y que como consta en la historia clínica aportada para análisis, una vez superada la amenaza de aborto en noviembre/2015, no se reportaron más consultas por sangrado o dolor pélvico sino hasta el 3/01/2016 cuando consultó desafortunadamente hasta después de 4 días de tener dolor pélvico y 2 días de sangrado vaginal cuando ya había empezado a tener cambios en el cuello del útero y dilatación.”

Conforme lo anterior, deberá analizarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica (artículo 176 CGP) el haz probatorio (artículos 164 y 167 del CGP), para determinar si la omisión en la administración de la progesterona a la demandante entre el 5 de noviembre de 2015 y el 3 de enero de 2016 tuvo influencia causal o no en la ocurrencia del hecho.

De acuerdo con las apreciaciones médicas de los diferentes especialistas que emitieron su concepto técnico, se encuentra -sin asomo de duda- que los medicamentos con progesterona fueron prescritos a la demandante LEIDY YOHANA GAVIRIA BARRERA por sus médicos tratantes, buscando dar una alternativa clínica que mejorara las probabilidades de llevar a feliz término un embarazo que por su condición de trigemelar que suponía *per sé*

un alto riesgo de aborto y parto pretérmino dadas las estadísticas científicas que lo han evaluado; no significando que la administración del medicamento constituyera tratamiento técnicamente viable contra alguna patología o que efectivamente tuviera posibilidad de contrarrestar los riesgos inminentes en los términos de la especificidad del embarazo de la demandante.

No puede abstraerse de la historia clínica deficiencia en los niveles de progesterona de la demandante al momento del parto, la única prueba de la medición de tal indicador da cuenta que al 29 de septiembre de 2015 dicha hormona estaba en niveles normales de 39.66 (considerándose baja en niveles inferiores a 25) como lo informaron varios especialistas.

Si la administración de progesterona busca la relajación del músculo uterino, disminuyendo su contractividad y al disminuirla no va a tener efectos en el cuello de la matriz para que se dilate; no hay evidencia que con grado de certeza indique que (i) la prescripción y administración de este medicamento previene el aborto o parto pretérmino en embarazos trigemelares o es un tratamiento efectivo contra ello; ni que (ii) la única causa o la determinante del parto pretérmino de la demandante lo fue con ocasión de la no administración de la progesterona en el período delineado.

De acuerdo con los criterios médicos, se afirmó en gracia de discusión, que si se hubiera administrado permanentemente este medicamento, ello no arrojaba un 100% posibilidad de evitar parto pretérmino, porque existen multiplicidad de causas que pudieron dar lugar a dicho suceso que no fueron estudiadas –ni concluidas- de manera técnico científica.

Se trata de un juicio de utilidad y no de necesidad de un medicamento, con la advertencia que ni siquiera la primera –la utilidad- tiene un criterio médico sólido respecto de las particularidades del embarazo trigemelar; LEIDY para el 3 de enero de 2016 –día de sus partos- al ingresar a urgencias presentaba un

cuadro anterior de dolor abdominal -4 días- y sangrado -2 días- a lo que se suma que se encontraba en estado de dilatación.

Resultando imposible concluir de manera razonable que la omisión en la administración de progesterona tuvo injerencia causal en la producción del daño o de administrarse, no se produjera su materialización; aun cuando le fue prescrita a la demandante, el hecho dañoso se produjo en el mundo fenomenológico; en el proceso no se probó con evidencia científica dotada de juicio de valor, que la carencia en la administración de la progesterona fue lo que produjo ese resultado desfavorable.

De este modo, no encontrándose acreditado el nexo causal, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

8.2 ¿Carga dinámica de la prueba?

En materia probatoria, es principio general quien invoca un hecho, respecto del cual aspira a derivar consecuencias jurídicas, debe acreditarlo, con algunas excepciones como los hechos notorios; las afirmaciones y negaciones indefinidas, casos en los cuales la Ley dispone la inversión de la carga o cuando según las circunstancias haya lugar a ordenar judicialmente prueba compartida o dinámica.

Dispone el artículo 167 del CGP, *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; sin embargo, “El juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar”;* atendiendo al criterio que, *“La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido*

directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares...”

Si la parte desea salir adelante con sus pretensiones o con sus excepciones, debe ejercer un rol probatorio activo, puesto que la carga es de su propio interés, cuyo incumplimiento deriva consecuencias, como la pérdida del derecho que se disputa.

La distribución de los deberes probatorios no genera exoneración de la carga de la prueba, siendo que las pruebas pertenecen al proceso y no a las partes, por lo tanto, la carga de la prueba no es un derecho del contendiente, ni propiamente una obligación, sino un asunto de riesgo que asume quien no ejerce un rol activo en demostrar los supuestos fácticos de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen.

Carga dinámica de la prueba que debió ser decretada por el Juez durante su práctica a través de providencia, decisión que es susceptible de ser recurrida; así y revisado el trámite de primera instancia, no obra decisión en la cual se haya distribuido la carga de la prueba, por lo que no es factible exigir que se analice por esta Sala de Decisión Civil.

Para llegar a la conclusión de la sentencia, el *a quo* valoró la acreditación por la demandante de los presupuestos axiológicos de la responsabilidad que endilga en contra de la demandada. El asunto no tuvo deficiencia probatoria ni se invirtió la carga de la prueba en la etapa legal que corresponde, por lo que la conclusión considerativa se basó en que algunos de los supuestos fácticos afirmados por quienes pretendían la declaratoria no fueron acreditados, lo que esencialmente conlleva al fracaso de lo pretendido.

La sentencia no declaró la prosperidad de las excepciones propuestas en contienda por las demandadas o llamadas en garantía, ni siquiera se abordó su estudio al encontrarse –como se dijo- que no convergían los elementos de la acción. Así que el análisis de la prueba lo fue de cara a la estructuración fáctica de tales presupuestos no superándose esta etapa primigenia con éxito.

Ahora, dado lo invocado en la réplica sustentada, una afirmación es indefinida y excluida de prueba para quien la realiza cuando es imposible relacionarla con circunstancias fácticas específicas, por ejemplo en aspectos de tiempo, modo y lugar; en el caso, en concreto aduce la demandante que, SALUD TOTAL EPS sólo entregó los medicamentos una vez y que debe entenderse probado en el proceso al ser una afirmación indefinida; sin embargo, se tuvo acreditado como un presupuesto de la responsabilidad civil, misma que decayó en su estructuración por la falta de nexo causal.

8.3 ¿Responsabilidad por pérdida de la oportunidad?

En la doctrina y buena parte de la jurisprudencia patria se ha venido desarrollando, la noción de pérdida de *chance u oportunidad* en la responsabilidad médica.

La ausencia de un adecuado diagnóstico, la tardanza en la práctica de una evaluación médica o la demora en un tratamiento, entre otros, son diversos supuestos en los que puede evaluarse el alcance de esa noción de pérdida en el tema médico. Se precisa que en este campo la pretensión indemnizatoria tendrá que confeccionarse bajo unos parámetros muy específicos; de esta manera, el daño como tal se concibe como la pérdida de oportunidad.⁶

⁶ Según SILVIA TANZI que "(...) La omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir o sanar. Resulta indudable que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente." SILVIA TANZI, "La reparabilidad de la pérdida de la chance", en *La Responsabilidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 330.

Al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha venido considerándose que ***“...la falla en la prestación del servicio de salud configura responsabilidad, por el sólo hecho de no brindar acceso a un tratamiento, incluso si desde el punto de vista médico la valoración de la efectividad del mismo, muestra que pese a su eventual práctica (es decir si se hubiera practicado y no se hubiera incurrido en la falla en la prestación del servicio), el paciente no tenía expectativas positivas de mejoría.”***⁷

Sin embargo, esa denominada *falla en la prestación del servicio* no puede plantearse en términos de indemnizar daños inciertos. No puede desconocerse que la causalidad y la certeza del daño deben establecerse en el proceso, sin perjuicio de que se hagan las matizaciones propias de las probabilidades que se generan cuando se habla de pérdida de un chance. Lo anterior, por cuanto el fallador no puede sustraerse a las causas naturales que están presentes en el surgimiento y evolución de una enfermedad o predisposición médica.⁸

La indemnización debe ser menor cuando hay pérdida de oportunidad, no pudiendo corresponder a la proveniente al daño final del paciente como producto de la enfermedad que padece. Por esto, no debe confundirse la responsabilidad por daños derivada del error del agente médico con la pérdida

⁷ Véase sentencias del CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, exp. 11878, de febrero 10 de 2000; exp. 12548, de junio 15 de 2000; exp. 15772, de agosto 31 de 2006; exp. 13542 de julio 13 de 2005 y exp. 17725 de abril 28 de 2010.

⁸ El ejemplo presentado por FRANCOIS CHABAS resulta bien ilustrativo: "Una mujer sufre hemorragias uterinas. El médico consultado no diagnostica cáncer, no obstante signos clínicos bastante netos. El médico se obstina. Cuando la paciente finalmente consulta a un especialista es demasiado tarde: el cáncer de útero ha llegado a su estadio último. La enferma muere. No podría decirse que el primer médico mató a la paciente. Ella hubiese podido, aún tratada a tiempo morir de cualquier manera (la estadística da el coeficiente abstracto de chances de curación de un cáncer tomado en su origen). Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se podría ni siquiera decir que la culpa del médico ha sido una condición sine quanon de ella. Pero obsérvese que la paciente, comprometida en un proceso de muerte, tenía chances de sobrevivir y la culpa médica hizo perder esas chances... También se trata de chances perdidas cuando un enfermo tiene posibilidades de sanar mediante un tratamiento o una operación correcta. La estadística, evidentemente abstracta, indica cuáles son esas chances. Por culpa del médico, por ejemplo, por un error en la operación, la enfermedad deviene definitiva. En todos estos casos, la situación final (muerte, enfermedad definitiva) no puede serle imputada al agente, porque hay dos causas posibles: una causa natural o su culpa, y no se sabe cuál es la verdadera... Cuando el perjuicio es la pérdida de una chance de supervivencia, el juez no tiene la facultad de condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que se debería si él hubiese realmente matado al enfermo" FRANCOIS CHABAS "La pérdida de una chance en el Derecho francés" publicado en J.A., semanario del 7/12/94. Citado en: <http://www.lamutual.org.ar/newsletter9-ferreyra.php>

de oportunidad causada por la deficiencia en la prestación de un servicio asistencial requerido con urgencia.

En sentencia del 15 de junio de 2000 se indicó que cuando se presenta dificultad en establecer el nexo de causalidad para determinar la responsabilidad médica, es necesario entrar a realizar el estudio de lo que la jurisprudencia y la doctrina ha establecido como la “pérdida de oportunidad” y ello con el fin de establecer si la acción u omisión de la entidad demandada restó al paciente una oportunidad de recuperar su salud.

Tal línea de decisión se ha sostenido en providencias posteriores como la del 13 de julio de 2005, el 31 de agosto de 2006 y el 28 de abril de 2010, iterando que el análisis debe realizarse desde la causalidad, pero a partir de parámetros ciertos que gravitan en torno a la posibilidad o a la probabilidad real que tenía el paciente de obtener mejoría, recuperación y en general de preservar su vida.

La estimación de la pretensión indemnizatoria deberá concretar la pérdida de oportunidad derivada de la dilación en la prestación del servicio médico requerido por el demandante, sin que pueda endilgarse al galeno tratante responsabilidad por la enfermedad o el resultado médico definitivo, se valorará en estricto sentido la eficiencia en la prestación del servicio y la diligencia en cuanto a la obtención del tratamiento idóneo por parte del paciente de conformidad con la patología presentada.

Los presupuestos axiológicos para que pueda considerarse como daño indemnizable según la elaboración jurisprudencial de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia SC7824-2016 refieren a certeza respecto de la existencia de una legítima oportunidad, aunque envuelva un componente aleatorio, la chance diluida debe ser seria, verídica, real y actual; la imposibilidad concluyente de obtener el provecho o de evitar el daño por razón de la

supresión definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio; si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en inconveniente; y la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; no es cualquier expectativa o posibilidad la que configura el daño, porque si se trata de oportunidades débiles, lejanas o frágiles, no puede aceptarse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de las cosas, su frustración inevitablemente conllevaría en la afectación negativa de unos intereses lícitos; el afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba.

Para el caso en concreto desde el escrito de demanda se plantearon los hechos en torno a la atribución de responsabilidad médica con ocasión a la omisión en la entrega de un medicamento “progesterona” a la demandante LEIDY YOHANA GAVIRIA BARRERA, lo que hubiera influido en el parto pretérmino de sus bebés, incluyendo la pérdida de oportunidad que padeció de llevar un embarazo normal, de manera que fuera más probable que sus bebés nacieran con vida; además, MARINA DE LOS DOLORES BARRERA BUILES de ser abuela.

Configuración de los presupuestos axiológicos delineados por la jurisprudencia para la estructuración del daño indemnizable:

8.3.1 Certeza de la existencia de una legítima oportunidad, aunque envuelva un componente aleatorio, la chance diluida debe ser seria, verídica, real y actual.

Las indicaciones técnicas avizoradas en audiencia concluyen que no existe una legítima certeza que el no suministro de progesterona a la demandante

incidiera causalmente en la prevención del parto pretérmino. Científicamente no existe indicación que dicho medicamento deba ser usado terapéuticamente para ese fin, no probó que su uso benefició el parto en término de un embarazo trigemelar que per sé es de alto riesgo.

Las estadísticas indican –conforme se informa en el dictamen pericial- que al existir 3 fetos en una cavidad uterina (que está fisiológicamente diseñada para llevar un sólo feto) el riesgo de aborto, parto prematuro y morbimortalidad fetal es mayor en embarazo triple que en un embarazo gemelar o doble. El Colegio Americano de Ginecología y Obstetricia describió en 2018 que la posibilidad de parto prematuro era de 8.2 % para el embarazo único, 60.3% para el gemelar y 98.3% para el embarazo triple. Lo que demuestra la gravedad y seriedad de las complicaciones del embarazo a medida que aumenta el número de fetos.

Lo anterior, no significa que con la alta probabilidad de parto prematuro de la demandante (98,3%) este indefectiblemente se adelantara hasta una época en la que la edad gestacional de los fetos y su peso los hiciera inviábiles –como para el efecto lo fue. Por ello, la demandante tuvo oportunidad –aunque reducida- de que sus bebés nacieran en término viable para la perpetuación de la vida.

8.3.2 Imposibilidad concluyente de obtener el provecho o de evitar el detrimento por razón de la supresión definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio, si la consolidación del daño dependiera del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en inconveniente:

Si la oportunidad la ubica la parte demandante en el contexto de la prestación efectiva de la progesterona como tratamiento que evitaría el parto prematuro

de los trillizos, se estableció conforme con la historia clínica, la declaración de peritos técnicos y el dictamen pericial controvertido, que es imposible determinar de manera razonable que la omisión en la administración de progesterona tuviera injerencia en la producción del daño o que de administrarse no se produjera su materialización; aun cuando le fue prescrita a la demandante conforme las indicaciones y el hecho dañoso se produjo; no se probó con evidencia científica dotada de juicio de valor, que la carencia en la administración de la progesterona fue la que produjo el daño o que siquiera hubiera incidido en ello.

Se insiste en la prueba pericial que fue pretendida por la misma demandante, rendida por la Perito Luisa Fernanda Muñoz Fernández, llegó a las siguientes conclusiones de relevancia, *¿De sus conclusiones, la PROGESTERONA tiene implicaciones en la provocación de abortos? La cantidad de estudios es amplia en el campo de la obstetricia y en casos de embarazos múltiples no hay estudios que respalden que su ingesta minimice o eviten los embarazos pretérminos. ¿Si hipotéticamente se le hubiera suministrado la progesterona, el porcentaje hubiese variado? no. El colegio americano de ginecología dice que las complicaciones para el 2018 de los embarazos trigelares era por encima del 90% insiste en que en este momento para embarazos trigelares, la progesterona no ha brindado beneficios. ¿Cuál fue la causa del parto pretérmino? El hecho de ser un embarazo trigelar, esto por su inherente alto riesgo. Ahora, cuando llega con las contracciones ya estaba en un punto de no retorno.*

No se probó que la omisión acreditada de la EPS en el suministro del medicamento, desencadenara en la imposibilidad concluyente del resultado esperado, razón por la cual no se surte acreditado este presupuesto.

8.3.3 La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado. Dicho de otro modo, el

afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba

El afirmar que la víctima se encontraba en situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado sería impreciso e inadecuado de cara a la falta de soporte probatorio; no hubo en el proceso prueba definitiva de la causa del parto pretérmino; así que carentes de experticia médica a cerca de las condiciones de salud de la demandante que generaron el penoso desenlace de su embarazo y contra las estadísticas que suponen su alto riesgo inminente, teniendo en cuenta que la literatura médica en que se respalda la experticia técnica no avala la prescripción de la progesterona para los efectos deseados por los médicos tratantes, no se puede afirmar con grado de certeza que la situación de la demandante era potencialmente apta para un parto en término en el cual pudieran subsistir sus hijos.

En consecuencia, no acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil médica ni la pérdida de la oportunidad como factor de atribución, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

9. COSTAS

Sin lugar a condena en costas, toda vez que en providencia del 30 de enero de 2018 se concedió amparo de pobreza a la demandante vencida en juicio y de conformidad con lo prescrito en el 1 inciso artículo 154 del CGP.

DECISIÓN

La **SALA SEGUNDA CIVIL DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Por las razones expuestas, se **CONFIRMA** la sentencia de la referencia.

SEGUNDO: Sin lugar a condena en costas, toda vez que en providencia del 30 de enero de 2018 se concedió amparo de pobreza a la demandante vencida en juicio y de conformidad con lo prescrito en el 1 inciso artículo 154 del CGP.

NOTIFÍQUESE POR ESTADOS Y ELECTRÓNICAMENTE.

LOS MAGISTRADOS



RICARDO LEÓN CARVAJAL MARTÍNEZ



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA