

JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD

Medellín, trece de diciembre de dos mil veintidós

PROCESO:	Verbal.
RADICADO:	05001-31-03-007-2017-00287 00.
DEMANDANTE:	Alcides de Jesús Gallego Toro y otros.
DEMANDADO:	E.P.S. Saludcoop.
PROVIDENCIA:	Sentencia n° 39.
DECISIÓN:	Estima pretensiones.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe abordarse en este caso es el siguiente: Se debe determinar si se encuentran acreditados los presupuestos axiológicos para la declaración de responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual en cabeza de la parte resistente, con la consecuente indemnización de perjuicios, la cual es pretendida por la parte demandante; o si por el contrario, las excepciones propuestas por la parte pasiva tienen la vocación de enervar dicha pretensión.

La resolución de este cuestionamiento se realizará previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Como regla general del derecho, quien ocasione un daño está obligado a indemnizar al afectado, y el ejercicio profesional de la medicina no está exceptuado de tal regla. Por ello, también los médicos están llamados a responder en caso que ocasionen un perjuicio a sus pacientes en ejercicio de su actividad, distinguiendo que no asumen obligaciones de resultado sino de medios; esto es, no se obligan, en principio, a sanar al paciente; aunque en atención a sus conocimientos, capacidades, técnica y recursos disponibles, se obligan a hacer todo lo posible para que cesen los efectos y consecuencias de una afección que sufre el enfermo¹.

En los eventos de esta responsabilidad profesional, en principio, los médicos no pueden prometer ni asegurar la cura o un resultado específico para con el paciente. Se reitera así, que el médico responde en razón de unos medios de los que debe disponer para garantizar el servicio de la salud. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que la prestación del servicio de la salud se halla atada al principio de benevolencia, según el

¹CFR. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 3 de noviembre de 1997.

cual, los agentes involucrados en la prestación del servicio de la salud deben contribuir al bienestar de los usuarios².

En este contexto, por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida esta en los términos del alto tribunal, precisamente en la sentencia de 31 de marzo de 2003, exp. 6430, no como una impericia en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la *lex artis*; mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas.

De lo dicho, se infiere cuáles son los elementos estructurales de esa responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual, para que prospere una pretensión de responsabilidad médica, los cuales, en esencia, se reducen a tres: el hecho culposo, el daño antijurídico y el nexo de causalidad.

Adicionalmente, debe tenerse presente que, en principio, la culpa médica debe ser probada por el actor, en atención a la regla establecida en el artículo el artículo 167 del Código General del Proceso.

A propósito, la Sala Civil de la Corte ha sostenido de manera reiterada que, en lo que respecta a la responsabilidad civil médica, la demostración de la culpa corre por cuenta del actor que pretenda el resarcimiento de unos perjuicios ocasionados en razón de una impericia en la ejecución de una *praxis* médica, como quiera que dicha clase de acciones siguen la reglas generales en materia de la carga de la prueba.

En síntesis, el hecho del que se predica la responsabilidad que se le endilga al galeno demandado, debe desprenderse de un actuar negligente que debe ser demostrado por el paciente y el cual debe ser valorado conforme a la *lex artis* médica.

2. Uno de los deberes que recaen sobre los profesionales de la salud y que, de hecho, debe atenderse a los largo de todo el acto médico, es el deber de información, mejor conocido como consentimiento informado, según el cual, el paciente debe prestar su aquiescencia para la realización de los procedimientos médicos que se le van a practicar, luego de conocer todos los riesgos inherentes y más probables a este.

²CFR. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL Sentencia SC003-2018 Radicación 11001-31-03-03-032-2012-00445-01. Sentencia 12 de enero de 2018.

Por lo tanto, en la relación médico-paciente, el primero debe brindar una información completa que le permita al paciente asentir voluntariamente en la intervención o el tratamiento puntual que debe practicársele, con el fin que el usuario se concientice y asuma los riesgos y beneficios de la terapia y, fruto de un acto reflexivo e informado, tome su determinación sin coacción ni engaño.³

Dicha información suministrada al paciente, en los términos de la jurisprudencia, ha de ser (i) veraz, en cuanto el médico no puede omitirla o negarla, pues carece de la facultad de decidir lo mejor para el enfermo, si éste goza de capacidad de disposición de sus derechos; (ii) de buena calidad, mediante una comunicación sencilla y clara, con el fin que el interlocutor comprenda la patología padecida y el procedimiento a seguir; y (iii) de un lenguaje comprensible, entendible, pues en muchas ocasiones lo técnico resulta ininteligible, confuso e incomprensible.⁴

De acuerdo con lo anterior, el consentimiento informado efectivo se configura cuando la manifestación positiva del paciente en torno a la realización o no de una intervención médica, se da tras conocer las circunstancias que rodean su situación, y tras haber sopesado los alcances de las consecuencias derivadas del tratamiento o intervención a que será sometido, porque de no estar enterado de todo ello difícilmente podría, de manera consciente, decidir lo más aconsejable para sus intereses y deducirse probablemente de ello un daño susceptible de ser reparado.⁵

Sobre el punto ha dicho la Corte sobre el deber de información⁶, que esta debe incluir todas las alternativas existentes con el fin que el usuario del sistema de salud entienda su situación y pueda decidir libre y voluntariamente, por ello:

“(…) ha de enterársele sobre la enfermedad de su cuerpo (diagnóstico), el procedimiento o tratamiento a seguir, con objetivos claros (beneficios), y los riesgos involucrados”.

De conformidad con lo expuesto en líneas precedentes, se concluye que el deber de información para con el paciente, no solo debe darse al momento de la realización de una intervención médica en estricto sensu, o al momento de dar un diagnóstico sobre determinada enfermedad o afección, sino que debe extenderse a todas las actividades medicas posteriores que se realicen con ocasión a la intervención realizada.

³ Corte Constitucional, sentencia SU-337 de 1999. Sobre este mismo tema confrontar las sentencias de íbidem Corporación T-401 de 1994 y T-477 de 1995.

⁴ Sentencia SC7110-2017 (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

⁵ CSJ. Civil. Sentencia de 15 de septiembre d 2014, expediente 00052.

⁶ Sentencia SC7110-2017 (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

3. El ser humano siempre se ha preocupado por hallar una respuesta de cómo un individuo debe reparación a otro y cuál es la causa o razón que lo obliga al resarcimiento de un perjuicio. Esos interrogantes lo han llevado a una significativa evolución de la institución de la responsabilidad civil, la cual ha alcanzado, al día de hoy, cierto perfeccionamiento visible.

En materia civil no hay área jurídica que haya sido sometida a tanto escrutinio y evolución como la institución de la responsabilidad. La vida sencilla del ser humano pasó a formas modernas acompañadas de desarrollos tecnológicos y científicos sencillamente asombrosos que lo expuso a nuevos e innumerables riesgos, y eso jalonó a buscar en la ciencia jurídica respuestas a esas nuevas realidades y fue, de hecho, la impulsora de, quizá, una de las más importantes creadoras de una nueva era en la responsabilidad civil.

Una de esas novísimas formas de responsabilidad, al menos en nuestro ordenamiento, fruto precisamente de su avance tecnológicos, es la responsabilidad profesional y, puntualmente, la derivada de los actos médicos, pues aunque nadie desconoce la notable incidencia de la medicina en la vida, la salud, e integridad de las personas, el ejercicio de esa profesión está sometida, como ninguna otra, a obligaciones y deberes de conducta en las fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, pues la desatención de alguna de ellas puede afectar directa y gravemente en la vida de la víctima, foco principal de la responsabilidad civil.

En el campo de la gineco-obstétrico existe, por ejemplo, una novísima tipología de responsabilidad profesional médica, relacionada con errores de diagnósticos o práctica médica que, fruto de ese error, han conllevado a nacimientos con graves enfermedades congénitas o cromosómicas e inclusive, bebés que, aunque sanos, no son deseados por los padres, lo cual naturalmente conlleva no solo a un complejísimo debate jurídico, sino también a una sensible y álgida discusión ética, moral y social sobre esa tipología indemnizatoria.

¿Es la vida un perjuicio en sí mismo considerado? ¿cuáles perjuicios son susceptibles de tutela jurídica y cuáles debe soportar la víctima? ¿qué deberes de conducta pueden atribuirse a la víctima en pos de evitar o propagar el perjuicio en estos casos? ¿cómo establecer la causalidad entre la conducta achacada al médico y el perjuicio que se reclama? ¿el nacimiento de una niña o niño con discapacidad hace que su vida tenga menor valor que la de una niño o niña que no las tiene? ¿es susceptible de cuantificación indemnizatoria la inexistencia de un hijo o el nacimiento de uno no deseado? Son algunas de las muchas preguntas que surgen en este campo.

Estos interrogantes y otros más, son las que la doctrina y la jurisprudencia más especializada ha querido denominar, en general, como wrongful actions.

Este término genérico encierra tipologías especiales que, aunque tienen ciertas similitudes - todas originadas en el nacimiento de un ser humano-, tienen diferencias claramente definidas. Así, entonces, la doctrina ha clasificado las distintas hipótesis en dos grandes grupos: (i) las acciones por el nacimiento de un menor con daños en la salud: wrongful birth y wrongful life, y (ii) las acciones por la concepción de un hijo dañino aunque no deseado: wrongful pregnancy y wrongful conception.

El primer grupo, grandes rasgos, tiene como causa la falta, errónea, incompleta o negligente información que le fue brindada a los padres y, como consecuencia, da lugar al nacimiento de un hijo deseado aunque con malformación, condición de discapacidad o enfermedad congénita, donde el reproche gálico es que la enfermedad, siendo detectable o diagnosticable, el médico no lo hizo o no lo informó.

En estos casos, a la víctima –padres - se les desconoce el derecho a escoger si dan vida o no a un hijo con graves enfermedades o anomalías y se les obliga, con dicho silencio o ante la falta de información, a aceptar una vida que, a juicio de ellos, no podría considerarse como una vida digna y justa. En estos eventos, la culpa profesional la constituyen los errores en el diagnóstico prenatal, al no detectar: “por un lado, las anomalías anatómicas o morfológicas, como pueden ser las malformaciones cardíacas, faciales, de miembros, etc.; o las alteraciones cromosómicas o genéticas, como son el síndrome de Down y otras muchas⁷.

El segundo grupo, en cambio, ocurre en los eventos donde existe falla en los métodos anticonceptivos temporales o definitivos que producen como consecuencia el nacimiento de un hijo sano no deseado, donde el reproche médico es que esa consecuencia -el concebir un hijo- no este definido por la ciencia médica como una consecuencia probable o, siéndola, que esa probabilidad no haya sido debidamente informada.

El daño derivado de la anticoncepción fallida permite entonces ejercer acción de responsabilidad relacionada con el nacimiento de los seres humanos y en los que se abre la posibilidad que uno o ambos padres instauren una demanda de responsabilidad civil en la que se busca el resarcimiento de los daños que se consideren generados a partir del nacimiento de un hijo que, pese a ser sano, no es deseado.

En estos eventos, las pretensiones resarcitorias se fundamentan en la concepción no deseada, porque la pareja ha intentado evitar el embarazo, pero el hijo nace, ora por una negligencia médica, ya por un defecto propio del instrumento anticonceptivo.

⁷ Alexis Mondaca Miranda, Cristián Aedo Barrena & Luis Coleman Vega, “Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth y wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho chileno”, Universidad de Talca, Chile, Ius et Praxis, Año 21, N° 1, 19 – 56, ISSN 0717 – 2877 (2015)

Sobre esto, la doctrina más especializada ha señalado los eventos en los que tal tipo de perjuicio se puede materializar:

-(i) La esterilización fallida: que se presenta en los casos en los que, pese a ponerse en práctica un método de planificación, se produce el embarazo y posterior nacimiento de un niño que es sano. Aquí, se han plantado dos variantes de responsabilidad. Por un lado, la práctica negligente de la esterilización y, por el otro, cuando no se informa sobre los posibles fallos que, de ordinario, se representan en el procedimiento o sobre las medidas de anticoncepción adicionales que tengan que tomarse después de realizada la intervención.

-(ii) El embarazo que no es detectado a tiempo, que es cuando el médico no informa de manera oportuna de la existencia del embarazo, de manera que los padres no se encuentran dentro del plazo previsto en la ley para interrumpirlo.

Los albores de esta tipología de reparación, es decir, de las wrongful action, datan de, al menos, 55 años atrás, puntualmente en los Estados Unidos, en un caso asumido por la Corte de Nueva Jersey, en el cual se reclamaban los perjuicios de un bebé que nació con graves malformaciones luego que su madre, con rubeola en el segundo mes de gestación, no fue advertida por el médico tratante de las graves consecuencias que tendría esa enfermedad en el feto. Aunque esa demanda fue desestimada, abrió el campo para el desarrollo de este tipo de responsabilidad médica profesional y los perjuicios que pueden reclamarse por las víctimas.

Precisamente, en lo que atañe propiamente al daño resarcible en los eventos de anticoncepción fallida, se observa que en el ámbito internacional hay un consenso respecto a este punto, en el sentido que, en estos casos, el perjuicio no se extrae de la vida misma del niño no deseado, pues ha aceptado, casi de manera unánime, que considerar la existencia como una lesión ofende los conceptos fundamentales de la vida humana.

En esa medida, se ha planteado que lo indemnizable no es el nacimiento, sino los menoscabos, patrimoniales o extrapatrimoniales, que se derivan de él; es decir, los perjuicios derivados de la concepción que la pareja quiso evitar, pero que, por negligencia médica, no se pudo lograr.

En el derecho comparado, puntualmente en la jurisprudencia alemana, se ha diferenciado entre la vida o el nacimiento del hijo y los gastos que genera su manutención; advirtiendo que en estos eventos solo es indemnizable el segundo.

Por su parte, en el Reino Unido pese a tener a una postura común a la alemana, ha considerado como irrazonable trasladar al civilmente responsable la obligación alimentaria frente a los

hijos, pues (i) conllevaría a cambiar la naturaleza indisponible e irrenunciable de esa institución jurídica, y (ii) no llega a considerar los beneficios que tienen los padres por la procreación del hijo, por lo que solo se reconocen perjuicios extrapatrimoniales.

De otro lado, el Tribunal Supremo Español ha planteado una tesis más amplia desde la perspectiva de los derechos fundamentales, según la cual el daño resarcible en los eventos de anticoncepción fallida, no era más que una lesión a la libertad de procrear, como elemento del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este evento, se condenaron a las demandadas a indemnizar los daños materiales y morales provocados por el embarazo no deseado.

En otro caso similar, el alto tribunal resaltó la importancia del deber de información en cuanto a los riesgos de no obtener los resultados esperados por el paciente que se esteriliza, y que el descatamiento de ese deber, vulnera su derecho a la libre determinación.

Ya en el derecho interno, son pocos los pronunciamientos judiciales que se han realizado al respecto. El más destacado es la sentencia de 5 de diciembre de 2016 emitida por el Consejo de Estado en la que declaró responsable a una institución prestadora de salud por el daño moral causado a la accionante, por razón de una falla en la información, pues el médico tratante omitió informar a la quejosa sobre los eventuales riesgos de embarazo en el método anticonceptivo prescriptivo.

En tal decisión, el alto tribunal de lo contencioso reseñó que, en los precitados eventos de responsabilidad, no se podía considerar a la vida misma del hijo como un daño indemnizable, sino que lo reparable era las consecuencias lesivas, materiales e inmateriales de una concepción no deseada.

En esa medida, y al igual que el Tribunal Superior Español consideró que, a la larga, se estaba ante la vulneración de la garantía a la libertad de decidir si se procrea o no; esto último, como desarrollo del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En suma, de lo expuesto se puede colegir, lo siguiente:

(i) que la jurisprudencia internacional aquí revisada ha sido unísona al determinar que ningún daño se puede extraer de la vida misma y que el hecho indemnizable son las consecuencias dañinas que puedan derivarse.

(ii) En estos eventos, la más de las veces, la culpa médica recae en el hecho de haberse brindado al paciente información inexacta, incompleta, negligente o nula respecto de los riesgos el

fracaso de la intervención o frente a los cuidados posoperatorios que permitan garantizar la eficacia del procedimiento o cuando no se recomienda el uso de otros métodos anticonceptivos de barrera.

(iii) Estos casos también ha sido llamado “falta negligente”, aquella que se presenta cuando el galeno tratante informa que las pruebas postoperatorias de infertilidad fueron exitosas y que el paciente estaba esterilizado. Sin embargo, dicha pruebas al tomarse de manera errónea conllevan a la producción del embarazo que se trató de evitar. En tal virtud, lo que se pone en juego aquí, es la confianza que deposita el paciente en el médico que, si bien emite una opinión, esta debe tener como base unos resultados obtenidos en debida forma e interpretados en igual sentido, esto es, bajo la *lex artix*.

(iv) en el caso de varios tribunales, como el Consejo de Estado colombiano, más allá de generarse un daño moral, entendido como el sufrimiento emocional producido por la conducta dañosa, se está ante la lesión a un interés de rango constitucional, como lo es la el desarrollo libre de la personalidad, materializada, en este caso, en la libertad de procrear.

4. De cara a esto último, esto es, los bienes jurídicos de naturaleza constitucional como categoría autónoma de daño indemnizable, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la simple afectación no es razón suficiente para entender la existencia de un daño resarcible. Se exige que esa lesión sea un bien que goza de protección constitucional o legal. En ese orden, la pauta para establecer la existencia de un daño indemnizable, es meramente normativo, en tanto es el mismo ordenamiento jurídico el que determina qué valores son merecedores de protección y de indemnización.

Sin embargo, como lo reseñó la citada Corporación, 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 los determinen qué eventos son factibles considerarlos como un daño de carácter resarcible.

En ese orden, ha sido la jurisprudencia civil la que, de manera progresiva, ha venido introduciendo nuevas categorías de daños, como son, precisamente, los causados a los bienes jurídicos de rango constitucional.

Respecto esto, el citado tribunal de casación ha puntualizado que bajo la nueva perspectiva del constitucionalismo moderno, no es posible entender al derecho civil como un conjunto de normas con trascendencia meramente patrimonial, pues la “protección de los intereses superiores de los ciudadanos hace necesaria la intervención del derecho privado cuando

aquéllos resultan vulnerados, pues de otro modo la tutela de los bienes jurídicos protegidos por la Constitución y por las disposiciones internacionales que declaran derechos humanos, no lograría hacerse del todo efectiva y quedaría relegada al ámbito de las buenas intenciones”.

En esa medida, explica que los derechos fundamentales, como precepto eminente constitucional, no son meros moldes arquetípicos o parámetros de interpretación, sino que son bienes jurídicos que gozan de protección por el ordenamiento jurídico, “por lo que poseen contenido sustancial y su quebranto apareja la consecuente indemnización de perjuicios en razón del postulado general de no causar daño a la persona o los bienes ajenos.”.

Bajo ese contexto, define el daño a los bienes fundamentales, “como el agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual”.

De ahí que garantías como la “integridad personal y familiar, la libertad, la privacidad, el honor y el buen nombre son bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento positivo, cuya violación entraña la correlativa obligación de indemnizarlos, siempre que se prueben los demás requisitos que exige la ley para que surja la responsabilidad extracontractual, claro está”.

5. Uno de esos derechos fundamentales es la libertad reproductiva, el cual se desprende principalmente del artículo 42 de la Constitución Política, que señala que la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”

En relación a tal garantía, la Corte Constitucional ha sentado, de manera general, que el mismo admite y protege “la facultad de las personas de tomar decisiones libres e implican la obligación del Estado de brindar la información y los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación. En este sentido, existe una protección a la autodeterminación reproductiva asociada con la progeneración responsable y que se entiende como la facultad que tienen las personas de decidir si quieren o no tener hijos y en qué momento, así como el acceso a los medios para hacerlo.”

Así, mismo, la Corporación reseña que ese derecho guarda interdependencia con otra garantía fundamental, como lo es el libre desarrollo de la personalidad, en tanto ampara las “decisiones que las personas adoptan respecto de su plan de vida. Así, la autodeterminación reproductiva debe estar libre de todo tipo de interferencias, como la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación”

Bajo ese contexto, se considera como una vulneración a esa garantía reproductiva el hecho que individuo no pueda “alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger

libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia”. Sobre tal garantía, la Corte Constitucional ha sentado, de manera general, que el mismo admite y protege “la facultad de las personas de tomar decisiones libres e implican la obligación del Estado de brindar la información y los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación. En este sentido, existe una protección a la autodeterminación reproductiva asociada con la progenitura responsable y que se entiende como la facultad que tienen las personas de decidir si quieren o no tener hijos y en qué momento, así como el acceso a los medios para hacerlo.”

Así mismo, ese mismo tribunal ha indicado que ese derecho guarda interdependencia con otra garantía fundamental, como lo es el libre desarrollo de la personalidad, en tanto ampara las “decisiones que las personas adoptan respecto de su plan de vida. Así, la autodeterminación reproductiva debe estar libre de todo tipo de interferencias, como la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación”.

Bajo ese contexto, considera como una vulneración a esa garantía reproductiva, el hecho de que individuo no pueda “alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia”.

6. En el asunto sub examine, la parte actora le atribuye, básicamente, dos errores al acto médico de los demandados. De un lado, conforme al numeral décimo primero del acápite de hechos, haber cometido un yerro en la lectura del espermograma en la consulta realizada el 6 de noviembre de 2012 y, del otro, la falta de consentimiento informado efectivo al paciente, luego de haberse analizado el examen ordenado por el médico tratante.

El primero cargo se apoya en el hecho de haber cometido un error estridente en la lectura del espermograma, pues, con base en él, dio por satisfactoria la cirugía de vasectomía practicada a Alcides de Jesús Gallego Toro, cuando, con base en los parámetros de ese estudio, en realidad no lo había sido y, el segundo, apoyado sobre la base que, fruto de ese error, no le informaron adecuadamente, ni a él ni a su pareja, de la necesidad de seguir utilizando métodos anticonceptivos para evitar un embarazo, pese a existir un alto grado de probabilidad de ocurrir ese riesgo, como en efecto ocurrió.

En suma, afirmaron, con base en ese actuar culposo del profesional de la salud, haber experimentado perjuicios de naturaleza patrimonial y extrapatrimonial, en tanto ninguno de ellos deseaba tener más hijos y esa, de hecho, afirman también, fue la razón por la cual el demandante se practicó ese método anticonceptivo definitivo.

Por su parte, los codemandados Esimed S.A. y Pablo Fernando Salgado Salgado rebatieron esa percepción de los hechos, alegando, en síntesis, la inexistencia del nexo de causalidad de cada uno de ellos frente a los perjuicios reclamados, además de otras excepciones como el caso fortuito y la falta de legitimación en la causa por pasiva.

6.1 De la historia clínica del demandante, se puede advertir que el 1° de noviembre de 2012, Alcides de Jesús Gallego Toro se realizó un espermograma de control, tras haberse practicado el procedimiento llamado vasectomía en agosto de ese mismo año, la cual, según el examen microscópico, arrojó el siguiente resultado:

“(…) EXAMEN MICROSCÓPICO

RECuento: 1.3 millones mlls/mm³

(…)

VIVOS: 90%

MUERTOS: 10%” (PDF 81 del expediente físico)

También lo está que el 6 de noviembre de 2012, Alcides de Jesús Gallego Toro acudió a consulta médica para la lectura del espermograma, la cual fue realizada por el médico Pablo Fernando Salgado Salgado, quien según la nota clínica de esa misma fecha, le manifestó al demandante, que: “(…) Espermograma que muestra 1.3 millones de un valor de referencia de 20 millones por lo que se considera vasectomía efectiva”; y le recomendó, luego de ello, mantener el peso, reducir el consumo de sal, tener una dieta a base de frutas y verduras, evitar las bebidas alcohólicas y hacer ejercicio, nada más.

Para el 30 de abril de 2013, el paciente acudió nuevamente y de forma voluntaria a su institución médica y le fue practicado un segundo espermograma, en el cual, en el punto de “examen microscópico”, arrojó como resultado 7,2 millones mlls/mm³ con una viabilidad del 80% vivos.

En razón de lo anterior, fue valorado el 8 de mayo siguiente por el médico Antonio José Vides Vides, quien le indicó en las observaciones que, con base en el segundo espermograma, existía “viabilidad para embarazo” y da orientaciones a utilizar métodos de planificación con orden médica para “nueva vasectomía”.

También se probó, con base en la historia clínica de Norelia Stela Penagos Bedoya, que el 30 de septiembre de 2013 nació viva la hija de los demandantes, a quien llamaron Luciana Gallego Penagos.

Igualmente, que el 21 de febrero de 2015 los demandantes se realizaron prueba de paternidad a Luciana Gallego Penagos, cuyo análisis genético indicó, entre otros, que “perfecta concordancia entre los alelos de origen paterno del hijo y en genotipo del presunto padre”, por lo que porcentualmente arrojó una probabilidad de paternidad del 99,99%.

De la anterior descripción médica, se concluye que, efectivamente, se presentaron los errores médicos enrostrados por la parte demandante, pues aun cuando el examen de espermograma realizado el 1 de noviembre de 2020 indicaba que la vasectomía no había sido exitosa, así lo dio inopinadamente por sentado el médico que leyó la prueba de espermograma.

Esa afirmación de existir error médico tiene como base las consideraciones que arrojó el dictamen pericial rendido por la médica especialista en urología Diana Soraya Torres, quien indicó que, con base en el examen microscópico, Alcides de Jesús Gallego Toro, tenía 1.3 millones de espermatozoides, de los cuales el 90% de ellos se encontraban vivos.

Un panorama así, de acuerdo con la perito y la literatura médica, imposibilitaban tener por efectivo el procedimiento de vasectomía, pues la ciencia enseña que, en caso de existir 100 espermatozoides en la muestra analizada, aunque no permite afirmar que la operación fue exitosa o fallida, sí reclamaba, como mínimo, un segundo espermograma para confirmar una conclusión definitiva, lo que, naturalmente, le obligaba informar al paciente de la obligación de continuar utilizando métodos anticonceptivos adicionales, si quería evitar el riesgo de embarazo.

Nada de eso fue llevado a cabo por el profesional de la salud, quien, (i) no ordenó una segunda vasectomía para verificar el éxito o no de la cirugía, (ii) llegó a una conclusión que va en contravía de la literatura médica, al afirmar que la cirugía había sido satisfactoria cuando, ni fue así, ni había posibilidad, con los recursos tecnológicos y médicos con los que disponía, para llegar a ella, y (iii) fruto de ese error en la lectura del examen clínico, dio unas recomendaciones desenfocadas al paciente en las cuales, aunque explícitamente no quedó registrado en la historia clínica que el médico le haya dicho al paciente que no debía seguir usando métodos anticonceptivos, no es menos cierto que en las recomendaciones brindadas tampoco lo indicó, pese a ser uno de los riesgos más probables que podían presentarse ante los resultados del espermograma: el embarazo.

De hecho, así lo admite la perito experta en la materia, al indicar que las recomendaciones brindadas en aquella consulta, ninguna de ellas tenía como propósito aminorar, evitar o eliminar el riesgo de embarazo ni aconsejó al paciente a que lo siguiera realizando.

Tan manifiesto es el error inexcusable cometido por el médico, que en el segundo espermograma, realizado no porque el médico lo haya ordenado, sino por iniciativa propia del demandante, el médico Antonio José Vides Vides le recomendó continuar utilizando métodos de planificación, porque existía una viabilidad de embarazo, momento para el cual Norelia Estella Penagos Bedoya -compañera permanente y acá demandante- ya contaba con aproximadamente 4 meses de gestación.

Un dislate tan protuberante y alejado de la *lex artis* médica, no puede calificarse, de ninguna manera, como inocua en la pesquisa de la responsabilidad profesional que se le atribuye a la parte demandada. Eso, en esencia, es lo que indicó la perito, al afirmar, a la preguntar cómo puede explicarse que el médico haya concluido que la vasectomía fue efectiva, cuando había una muestra de 1.3 millones de espermatozoides, que “no se cómo llegaron a esa conclusión, porque no se considera efectiva con esos valores”.

La mala lectura del espermograma, como quedó visto, no era asunto de poca importancia, porque al no utilizar los demandantes un método adicional de anticoncepción, todo por una errada lectura de los valores las conclusiones que de allí se desprendían, y la falta de información y recomendaciones veraces al paciente, influyó directa y eficientemente en la ocurrencia del hecho dañoso que se alega por parte de los demandantes, esto es, la materialización del riesgo de embarazo, la cual, valga resaltar, tuvo que presentarse aproximadamente entre los meses de enero y febrero de 2013, esto es, después de la valoración realizada del primer espermograma y antes del segundo espermograma realizado, que fue del 30 de abril de 2013.

Esta conclusión, no sufre merma solo porque la perito haya afirmado que, en todo caso, existe un riesgo intrínseco o una probabilidad de falla de hasta el 1%, según el dictamen, y de 1 en 2000, según el interrogatorio, porque en tales eventos se parte del hecho que el paciente fue debidamente informado y existe certeza que la vasectomía fue exitosa, mientras que el evento analizado el paciente fue negligentemente informado, al punto de eliminar cualquier barrera o método de anticoncepción, del examen no se podía concluir que la cirugía había sido satisfactoria y, de hecho, al final no lo fue.

Por tanto, el daño, en este caso, no se materializó por ese riesgo mínimo y excepcional que va intrínseco en todo procedimiento médico, sino por el error profesional cometido por el médico que trató al demandante. Además, de ser así, era tarea de la parte demandante demostrar que así fue, es decir, que el riesgo de embarazo se presentó por ese atípico evento, tarea que, a la verdad, no emprendieron.

Véase en este punto, que el reproche que se le hace al médico demandado no solo estriba en la lectura errada del espermograma realizado a Alcides de Jesús Gallego Toro 1 de noviembre de 2012, sino que, además, en la falta de diligencia que tuvo en dar por efectivo el procedimiento, cuando la lexartis médica dicta que, luego del primer espermograma, debe ordenarse otro a los 3 meses siguientes, lo cual no se ordenó.

Aunque la obligación que atañe la práctica médica es claramente de medios, un error de la entidad del que se presenta en el sub judice, claramente alteró la decisión de Pablo Fernando Salgado Salgado de no seguir planificando, pues la confianza legítima que deposita un usuario lego del sistema de salud en el médico tratante tiene tal grado de persuasión que el primero tendrá por cierto el diagnóstico a él brindado, pues es quien tiene el conocimiento técnico y científico en la relación, es el galeno tratante.

Por lo anterior, se puede concluir que, de conocer el resultado verdadero de la vasectomía que se realizó, Alcides de Jesús Gallego Toro de seguro hubiera acudido a otros métodos anticonceptivos y la concepción de la menor Luciana Gallego, igualmente, no se hubiera presentado, pues la probabilidad de ello tendía a cero.

En ese orden de ideas, el hecho culposo que se le endilga al médico demandado claramente le es imputable, porque la información brindada al demandante Alcides de Jesús Gallego Toro no fue verídica ni de buena calidad en los términos que exige la ley y la jurisprudencia.

Por contera, hay una culpa adicional que reprocharle a los demandados, porque el galeno Pablo Fernando Salgado, quien fue designado por la IPS para la lectura del espermograma de 1 de noviembre de 2012, era un médico general, como lo expuso su propio defensor, cuando, por la especialidad del procedimiento realizado y los especiales conocimientos que se requieren para la adecuada lectura del espermograma, exigía que su análisis y las recomendaciones al paciente provinieran de una especialista en el área de urología. Y es que era tan evidente los resultados que arrojó el examen que si la lectura la hubiese realizado un especialista, todo llevaría a pensar que las conclusiones y las recomendaciones que hubiese brindado al paciente hubiesen diferido diametralmente a las brindadas por el médico cuestionado.

6.2 Establecida la culpa del médico y aunque entre todos ellos existe solidaridad, hay que realizar una precisión en torno a las razones por las cuales algunos son responsables y otros no.

De cara a la solidaridad de los codemandados en torno a la responsabilidad médica contractual que se reclama para Alcides de Jesús Gallego Toro, se desprende no de la causalidad física

como tal, sino de la cadena de contratos existente, los cuales tienen el mismo objeto prestacional y, por ende, se puede demandar contractualmente a cualquiera que haga parte de la cadena o a todos, constituyéndose esta en una verdadera excepción al principio de la relatividad de los contratos, haciendo una interpretación extensiva del artículo 2344 del Código Civil Colombiano⁸.

Dicha solidaridad se reforzó en la sentencia de casación civil de SC13925-2016 de la Corte Suprema de Justicia cuando hace referencia a las obligaciones que tratan los artículos 153 y 185 de la ley 100 de 1993, y cuando se expone que un diagnóstico o tratamiento defectuoso debe analizarse desde un contexto organizacional y no personal del galeno tratante.

Bajo el mismo argumento, debe analizarse la solidaridad frente a la responsabilidad extracontractual de la demandante Norelia Estela Penagos Bedoya, como quiera que si el daño irrogado se desprende de una negligencia probada por parte de un profesional de la salud en ejercicio de las funciones que desempeña en favor de una IPS que, a su vez, es contratista de una EPS, lo procedente es predicar la solidaridad entre todos ellos.

No empuje lo anterior, habrá de exonerarse a Estudios e Inversiones Médicas S.A. -Esimed S.A.-, porque la IPS con quien tenía vínculo contractual la EPS Saludcoop al momento de ocurrencia del hecho dañoso -noviembre de 2012-, era la Corporación IPS Saludcoop, quien fungía como operadora de una red de hospitales, entre ellos, la Clínica Juan Luis Londoño, como se avizora del contrato de outsourcing de 1 de agosto de 2015, más no la codemandada IPS Esimed, quien entró a operar la clínica, en calidad de propietaria, apenas el 7 de octubre de 2015, según el certificado de existencia obrante en el folio 243 del expediente físico y, en ese orden, nada hay que reprocharle a esta última, pues ni ejecutó el acto médico, tampoco lo hizo un profesional adscrito a su entidad ni tenía un vínculo legal o contractual con la EPS acá demandada.

Por tanto, queda demostrada su falta de participación en el acto médico enrostrado y, por lo mismo, su falta de legitimación en la causa por pasiva.

6.3 establecida la culpa médica y los sujetos responsables de ese acto profesional indebido, pasa a analizarse los perjuicios reclamados por la parte demandante.

Antes de ello, es necesario realizar las siguientes precisiones, pues ante la particularidad de esta tipología de responsabilidad corresponde establecer si la anticoncepción fallida puede

⁸ Corte suprema de justicia. Sentencia de casación civil de 11 de septiembre de 2002. Exp. 6430.

provocar un daño, entendido este como una afectación concreta a un bien tutelado jurídicamente.

Para llevar a cabo ese análisis, se hace necesario señalar que el daño, desde el punto de visto físico, es visto como un nocimiento, esto es, una aminoración o alteración de una situación que en un inicio se consideraba favorable.⁹

Ahora, para que tal afectación sea relevante jurídicamente y siguiendo la jurisprudencia civil, se requiere que la misma impacte un derecho subjetivo que sea objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico.

Desde ese criterio, es de señalar que la vida, para el ordenamiento jurídico, es un bien y un derecho constitucionalmente relevante que reclama protección por parte del Estado, pues sin su presencia no tiene sentido el reconocimiento de las demás prerrogativas subjetivas.

En esa medida, no se advierte razonable extractar un daño a partir de la existencia de un derecho reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico; pues tratándose de responsabilidad, los daños se generan es a partir de una lesión a esa garantía, no por su existencia misma.

Sin embargo, con extracción de toda discusión moral, ética, filosófica o social que se pueda plantear sobre el tema, no puede desconocerse el hecho de que una concepción no deseada, generada por un practica medica errónea, puede provocar un daño a un bien que cuente con tutela jurídica y que, por lo mismo, merece ser indemnizable.

Empero, esa lesión, por las razones señaladas en precedencia, no sería posible extractarla de la vida misma del nacido, sino que la garantía que realmente se ve impactada es la libertad de disponer si procrea o no, como una extensión del derecho al libre desarrollo de la personalidad; de manera que las pretensiones en este tipo de acciones están dirigidas rectamente a resarcir las consecuencias que, en el plano material e inmaterial, tiene esa afectación en particular.

En otras palabras, lo que acá se plantea es que el daño a reparar es la vulneración del derecho a la decisión de procrear o no, junto con las consecuencias que generen esa lesión en el proyecto vital del titular de esa garantía; con total prescindencia de los derechos propios de ese nuevo ser, los cuales siguen siendo protegidos por el ordenamiento jurídico.

⁹ El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Adriano de Cupis.

Ya en lo que respecta a la precitada garantía, es preciso recordar que la capacidad reproductiva es una de las funciones inherentes a todo ser humano, como ser biológico; no obstante, esto no significa que las personas tengan el deber jurídico de procrear. Todo lo contrario, la constitución reconoce la prerrogativa de elegir si se engendra o no, y de qué forma.

Es así como la Corte Constitucional, en su variada jurisprudencia, ha erigido esa garantía a la categoría de derecho fundamental, la cual va interrelacionada con el libre desarrollo de la personalidad y conforme la cual cada individuo es libre de plantear su proyecto de vida en la forma en que mejor le parezca, sin que, con eso, se afectan los derechos de otros, que es el límite de esa garantía.

Esa libertad sexual, para cuyo ejercicio es necesario, entre otras cosas, información clara y precisa acerca de la posibilidad de anticoncepción, se puede ver menoscabada, cuando (i) “no se garantizan medios para adoptar decisiones reproductivas”, o (ii) “no se suministra información necesaria para tales efectos, o la que se provee es falsa e incorrecta”, es decir, esa prerrogativa se ve afectada cuando un tercero, de forma ilegítima, coarta el libre consentimiento en el ejercicio de esa sexualidad.

Por parte, y como se ha venido sugiriendo, una vulneración a ese derecho intersubjetivo tiene proyecciones en el plano material, las cuales se ven representadas en los cambios drásticos en el proyecto vital de la persona, que se, insiste, no eran buscados, pues esta ya ha decidido, de manera legítima, limitar el número de hijos ya nacidos o, inclusive, no tener ninguno.

De igual modo, esa lesión se ve también reflejada en el ámbito emocional de la persona, pues no es ajeno a la experiencia social, que una fecundación, que se había decidido evitar, genera un desasosiego y unas afectaciones psíquicas, susceptibles de ser compensadas.

Para este caso, se verifica que el precitado menoscabo, junto con sus consecuencias en lo patrimonial y extramatrimonialmente, están claramente verificados, según pasa a verse:

Tal como se relata en la demanda y se verifica con la prueba documental aportada, los demandantes Alcides de Jesús Gallego Toro y Norelia Estela Penagos Bedoya, procrearon, de manera conjunta, a la menor Laura Gallego Peganos; mientras que Alcides de Jesús Gallego Toro, previo a iniciar la convivencia con la otra codemandante, concibió otro hijo, de nombre David Gallego Peláez.

Por su parte, con independencia de los motivos que los llevaron a esa tomar esa determinación, los actores decidieron limitar el número de hijos ya nacidos, circunstancia que se acredita con

el hecho que Alcides de Jesús se practicó en el mes de agosto del año 2012, el procedimiento “vasectomía”, con el propósito de evitar una nueva concepción.

Sin embargo, pese a la voluntad clara de limitar su reproducción, los actores no contaron con información cierta y fidedigna, respecto al éxito o no del procedimiento de esterilización precitado.

En otras palabras, se les despojó de la posibilidad de ejercer su derecho a la libertad reproductiva de manera informada, pues se dio por efectivo la práctica de un método de anticoncepción, cuando conforme a la ciencia médica, no había manera de llegar a esa conclusión; de manera que los promotores, confiados en el criterio médico dado, no utilizaron otros métodos, causándose entonces un embarazo que en ningún momento llegó a ser planeado.

En este estadio, se hace importante resaltar que el pleno ejercicio del derecho a la libertad reproductiva, requiere adecuada información sobre la planificación familiar, para que sobre esta se adopten decisiones libres y conscientes.

Por consiguiente, esa situación le generó a la demandante un cambio en sus proyectos de vida, pues frustraron su decisión personal no seguir procreando; situación que tiene tuvo proyección en el campo material, al tener que asumir los gastos de cuidado y manutención del hijo concebido, e inmaterial, que según lo relata en el libelo, son “las preocupaciones y aflicciones (...), en atención a que no tienen la capacidad económica de criar en buenas condiciones a la nueva integrante del hogar”.

En lo que respecta al daño moral, la Corte Suprema de Justicia¹⁰ ha señalado que esta hace parte de la esfera de la víctima, en tanto solo quien lo ha padecido conoce la intensidad de su sufrimiento. De manera que, dice la Corporación, ese tipo de perjuicio no es factible demostrarse a través de pruebas científicas, pues “su esencia originaria y puramente espiritual impide su constatación mediante el saber instrumental”.

Ahora, considerando que el dolor y las afectaciones psíquicas no son cuantificables de forma que puedan ser resarcidos, el juez otorga una medida de compensación que, por lo general, es estimable en dinero. Sin embargo, ello a criterio del alto tribunal, “no significa de suyo que esa clase de reparación sea ilimitada, bastándole por lo tanto a los demandantes, en un caso dado, reclamarla para dejarle el resto a la imaginación, al sentimiento o al cálculo generoso de los jueces”.

¹⁰ Supra nota 6

Ya con relación a la demostración del daño moral, el referido tribunal de casación, mencionó que el medio probatorio más idóneo es la presunción simple, sin que eso signifique que sea el único medio de acreditación admisible, pues el fallador tiene la facultad de apreciar todas probanzas que ofrezcan verdad sobre este punto.

Sin embargo, esa presunción que también es conocida como de hombre o judicial, no es la legal a la que hace referencia el artículo 66 del Código Civil por el contrario es “una inferencia lógica que, como los indicios, se extrae de las reglas de la experiencia; pero que a diferencia de éstos, cuyo razonamiento debe ser explicado paso a paso –atendiendo a su gravedad, concordancia y convergencia–, aquéllas solo requieren la prueba del hecho que les da origen porque el proceso intelectual es tan claro y común que la mente lo verifica mecánicamente. De manera que para su existencia, solo se necesita la confirmación del hecho probatorio, el cual, naturalmente, puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario.¹¹

En otras palabras, en las presunciones judiciales, el juez concluye la existencia de un hecho, que en principio es ignorado, partiendo de un hecho que, si se encuentra acreditado, llega a un razonamiento que se encuentra basado en las reglas de la experiencia.

En ese orden, cuando la Corte, en estos eventos, ha hablado de presunción, “ha querido decir que esta es judicial o de hombre. O sea, que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico”.¹²

Así pues, con base en estas orientaciones es que la jurisprudencia civil, ha presumido la causación de un perjuicio moral, al tener por acreditados hechos que, de acuerdo a los usos y prácticas sociales, generan una afectación en la esfera psíquica de la víctima, siempre y cuando los mismos no hubiesen sido desvirtuados a través de otro medio de prueba.

Bajo esta perspectiva, y teniendo en cuenta las reglas de la experiencia, se hace necesario concluir que la ocurrencia de una concepción no deseada, es una circunstancia que notoriamente afecta la psíquica del sujeto.

Efectivamente, es incontrovertible que un embarazo que no se encontraba contemplado dentro del proyecto de vida, causa angustia y ansiedad, teniendo en cuenta que la misma implica unos

¹¹ Corte Suprema. Sentencia 12 de noviembre de 2019. Radicado 2009-114-01

¹² Ejusdem

cambios anatómicos, fisiológicos intrínsecos al proceso de gestación y al alumbramiento, que se insiste, no eran deseados; además que se genera un desasosiego y preocupación respecto a la obligación de alimentos que se genera en favor del menor nacido, máxime cuando no se cuentan con la capacidad económica para asumir de manera holgada tal deber.

En primer lugar, conforme se explicó con anterioridad, los demandantes tomaron la determinación de manera autónoma de limitar su número de hijos, tanto así que Alcides de Jesús Gallego se practicó una vasectomía, siendo este un procedimiento anticonceptivo que es definitivo y, en principio, irreversible.

Tal voluntad también se hace patente en los interrogatorios de parte, en los que ambos codemandantes afirman que con la concepción de la menor Luciana Gallego Penagos, ambos experimentaron frustración y preocupación, pues (i) más allá de haber alguna justificación de ello, era su deseo genuino y legítimo conservar únicamente los hijos ya nacidos, (ii) se vieron abruptamente cambiados los proyectos que, como grupo familiar, ya se habían planeado, y (iii) tener que correr con los gastos de manutención de un hijo más, cuando no tenían con capacidad económica para ello.

Respecto a esto último, véase incluso que la accionante Norela Penagos, dentro de su declaración, expresamente señaló que la intención de elegir el citado método de anticoncepción era no volver a experimentar lo vivido en pasados embarazos, en los que no contaba con los dineros para asumir de manera plena los gastos del neonato; circunstancias que dice volver experimentando nuevamente con la menor Luciana Penagos Gallego.

De tales declaraciones, apreciados de conformidad con las reglas de la experiencia y la sana crítica, se tiene por probado el hecho, que permite inferir que los enjuiciados causaron un daño moral a los demandantes, pues es perfectamente esperable, desde la práctica social, que una concepción no planeada, cuando se tomaron las medidas pertinentes para evitarla, genere pesadumbre y angustia personalísima, lo cual se traduce en una lesión a su integridad moral y afectiva.

Y es que los sentimientos de frustración y preocupación que expresan tener los promotores, es la reacción que naturalmente se espera tener, por lo menos desde la generalidad de las prácticas sociales, ante una intromisión grave e ilegítima a su derecho a elegir si se procrea o no; pues tal circunstancia implicó una modificación radical a su proyecto de vida y a la dinámica familiar y social, dados los deberes que impone el ordenamiento jurídico a los padres para con los hijos, entre estas, la obligación alimentaria; máxime cuando no se cuentan con los emolumentos para asumir ese deber de forma plena.

Respecto a esto último, mírese que ambos demandantes son coincidentes en indicar que no cuentan con la capacidad económica para asumir los gastos de cuidado y manutención de la menor; negación indefinida que, al tenor de lo reglado en el artículo 167 del CGP, no requiere de prueba.

Y es que sin que sea necesario tomar provecho de la precitada negación, es posible inferir esa falta de solvencia o, por lo menos, las dificultades económicas esbozadas por los padres de la menor.

Véase que conforme a los documentos clínicos aportados, el demandante Alcides de Jesús Gallego Toro padece de “vértigo”, “tinitus” e “hipoacusia neurosensorial, unilateral con audición irrestricta contralateral”, cuyos síntomas, según lo explicita la historia clínica, son recurrentes.

Ahora, esas patologías, de acuerdo a la literatura médica especializada, son incapacitantes¹³, de manera que la fuerza productiva de Alcides de Jesús y, por ende, su capacidad para hacer aportes al grupo familiar, se ven disminuidas. En tal sentido, la mayoría de los ingresos del núcleo los constituye el salario mínimo legal mensual vigente que percibe Norelia por su labor como operaria de producción de la empresa Cárnicos y Alimentos S.A.S-

Es de indicar que, la prueba de tal vínculo laboral, se extracta de la certificación emitida el 4 de marzo de 2015 por la mencionada empresa; documento que fue ratificado por Yhinet Vélez Molina, su suscriptora, en diligencia del pasado 1 de octubre de 2020 y de cuya declaración se concluye que la mencionada relación de trabajo está vigente hasta el momento en que se llevó a cabo la mentada audiencia.

De esta situación socioeconómica, también dan cuenta la testigo Tatiana García Urrego, quien dijo: “Alcides no tiene un trabajo estable, el es contratista, trabaja en construcción, y Norela es la que prácticamente la que vela por el hogar”, para luego afirmar, que en varias oportunidades, le ha tenido que hacer prestamos de dinero al demandante para cubrir gastos mínimos del núcleo familiar. Es de indicar, que la testigo manifestó ser cuñada del codemandante Alcides de Jesús y cercana a su grupo familiar, por lo que conoce las condiciones de éste.

En igual sentido, se pronunció el testigo Nicolás Zamora Buriticá, quien dijo: “la situación económica de ellos (los demandantes) económicamente no es muy buena (...) y entonces por

¹³<https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0716864016301043?token=C8C1F74D8D7E575E28251041A2FE4DCEA69F76A505B2235DD75FBEBDA31C587F55F058CBF72A8E42371C8D6E200535A3&originRegion=u-s-east-1&originCreation=20221207205135>

eso ellos había toma esa determinación de no tener hijos”, para más adelante decir: “además de que él (Alcides de Jesús) no tiene un trabajo estable porque él es contratista por ahí de construcción, lo que le resulte, de todas maneras la señora Norelia Estela es una mujer que le ha tocado pues como llevar mucho la obligación, porque ella es la que ha trabajado más estable (...)”.

A la par, ambos testigos también afirman haber visto a los actores, seriamente conmocionados y preocupados con la concepción.

Lo anterior, se trae a colación no con el propósito de entender que es de la vida misma de la menor Lucia Gallego de la que se desprende el daño moral reclamado, sino para argumentar que los demandantes, de acuerdo con su particular condición socioeconómica, decidieron no seguir teniendo hijos; determinación que es objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico. Ahora, como tal expectativa de vida se vio seriamente frustrada por la mala praxis del galeno enjuiciado, se generaron afectaciones en el plano psíquico y emocional, las cuales deben ser compensables.

En tal sentido, se reconocerá a cada uno de los promotores la suma de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, considerando que el tope establecido por la jurisprudencia para la máxima afectación, esto es la muerte, es de \$60.000.00014.

En lo que corresponde al menoscabo al derecho a libre desarrollo de la personalidad, como garantía constitucionalmente protegida, y siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia indicada en precedencia, es de señalar que ese tipo de daño se entiende por configurado, por la mera infracción al bien jurídico, sin que requiera la presencia de otra consecuencia.

En otras palabras, al tenerse por acreditado el hecho dañoso y la vulneración a esa garantía constitucional, “se tiene por comprobado el detrimento al bien superior que es objeto de la tutela civil, y en ese momento surge el interés jurídico para reclamar su indemnización, porque el daño resarcible se identifica con el quebranto que sufre el derecho de estirpe constitucional”.15

Ello, por cuanto, dice la Corte, lo que es objeto de resarcimiento es el derecho fundamental en si mismo considerado, y no la afectación de otros bienes jurídicos sean patrimoniales o morales.16

¹⁴ Ver sentencias SC13925-20116, SC15996-2016, SC5686-2018.

¹⁵ Ejusdem

¹⁶ Ejusdem

En el presente asunto, está claro el daño en el que se incurrió con la lectura del espermograma realizado en noviembre de 2012, es no haberle permitido a los demandantes ejercer su sexualidad de manera informada y que, a la postre, provocó una concepción que no fue planeada.

Esa transgresión a la libertad reproductiva afectó de manera grave un elemento esencial de la vida, como lo es decidir libremente y con la información pertinente, sobre la conformación del núcleo familiar: lesión que tuvo graves repercusiones en el plano personal.

Y es que los accionantes, como sujetos de derechos, son los que ostentan la titularidad sobre sus propios cuerpos y, por ende, su función reproductiva; por lo que la intromisión a esa prerrogativa personalísima, impacta la potestad constitucional que tienen aquellos individuos a determinarse y planear un modelo de vida que esté acorde con sus intereses.

De ahí que se tenga por demostrado el tipo de año, reconociendo por este tópico a cada uno de los demandantes, la suma de \$40 SMLMV

Se pone de presente por esta tipología de daño se otorga a una suma superior a la reconocido por perjuicio moral y al que se reconocerá por daño la vida de relación, pues es en este donde se hace más preponderante la magnitud de la lesión provocada por la mala praxis desplegada por los enjuiciados.

Efectivamente, véase que con esa conducta intromisiva y antijurídica, se lesionó principalmente un derecho que es claramente reconocido por el ordenamiento jurídico, que es la elección de tener un hijo o no; y tal perjuicio tuvo sus efectos en otros aspectos psíquicos de la persona, que se pueden tipificar en daño moral y en la vida en relación.

Por último, se destaca que tanto las situaciones generadoras del menoscabo al derecho desarrollo de la personalidad, como las que dieron origen al detrimento moral, son perfectamente distinguibles, pues la primera se funda en que su capacidad para auto determinarse se vio profundamente coartada, mientras que la segunda, parte de la zozobra y la angustia provocada por un embarazo que no era deseado.

En ese orden, resulta viable conceder ambos tipos de indemnización, pues los perjuicios que se reclaman tuvieron causas distintas e impactaron bienes jurídicos también disimiles.

En lo que atañe al daño a la vida en relación, la jurisprudencia de la corte suprema de justicia, ha dicho que esta se caracteriza“ por tratarse de un sufrimiento que afecta la esfera externa de

las personas en relación con sus actividades cotidianas, concretándose en una alteración de carácter emocional como consecuencia del “daño” sufrido en el cuerpo o la salud generando la pérdida o mengua de la posibilidad de ejecución de actos y actividades que hacían más agradable la vida. Afecta esencialmente la alteridad con otros sujetos incidiendo negativamente en la relación diaria con otras personas”. 17

Por su parte, la misma Corporación dice que si no hay certeza de esa afectación no es posible acceder a su resarcimiento, pero que hay casos en los que esa lesión constituye un hecho notorio que no requiere de prueba para demostrarlo, en tanto basta las reglas de la experiencia para tener por acreditado ese daño.

Expuestas así las cosas, y aunque la determinación del daño en comento debe atender las condiciones personales de las víctimas, no cabe duda que una concepción no deseada cambia de forma dramática las condiciones de vida y el desenvolvimiento en sociedad de la víctima.

En efecto, es claro que los padres, con la concepción no planeada, no podrán desarrollar sus actividades diarias de la misma manera en que las ejecutaban, pues con éstas vienen aparejadas diversas obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, véase que parte de los tiempos que utilizan los sujetos en otras actividades, ya deben ser empleados en el sinfín de actividades que se involucran en los cuidados del menor; y sin mencionar la obligación de alimentación que se constituye en favor de este último, la cual implica destinar parte del patrimonio con el propósito de garantizar su supervivencia; acción que antes no tenía que se llevada a cabo.

Tales circunstancias, para el caso de marras, se agrava por el hecho que los demandantes, (i) para el momento del engendramiento ya tenían a una hija menor de edad, a quien tenían que alimentar, (ii) habían decidido no procrear más, precisamente para no verse nuevamente sometidos en la obligación de criar un nuevo hijo, lo cual es comprensible, dada su precaria situación económica, según se desarrolló en precedencia.

En tal sentido, todos estos cambios en la forma que los actores venían desarrollando su vida, los cuales querían ser evitados con la práctica de la vasectomía generan una afectación de carácter emocional, que en virtud del principio de reparación integral debe ser compensado en el valor de \$20.000.000, para cada uno de los quejosos, teniendo en cuenta que el tope

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de noviembre de 2019. Radicado: 73001-31-03-02-2009-00114-01.

establecido por la jurisprudencia para la máxima afectación, esto es la muerte, es de \$50.000.000¹⁸

Resuelto el reconocimiento de los perjuicios extrapatrimoniales, pasa a auscultarse la concesión de los daños patrimoniales solicitados por los demandantes.

De cara al Daño emergente consolidado, que se contrae al cuidado y la manutención de la menor, habrá de decirse, frente al primero, que, como quiera que la parte demandante no cumplió con la carga de probar este perjuicio a pesar de no existir una tarifa legal para ello, no se reconocerá suma alguna. De la valoración armónica de los medios de prueba, no se advierte que este daño emergente, entendido como las sumas que salieron del patrimonio de los demandantes, se haya configurado, pues no existen constancias de pago o testimonios que acrediten las sumas que por este concepto se causaron desde el 1 de octubre de 2013 hasta hoy.

No sucede lo mismo frente a la manutención de la menor: pues Si bien el anterior concepto debía ser probado por la parte demandante, aplicando las máximas de la experiencia, se puede concluir que, en efecto, existe una erogación mensual proveniente de los ingresos de los padres para sufragar los gastos mínimos de la menor de edad, por ende queda probado el perjuicio propiamente dicho.

Ahora bien, teniendo en cuenta que no hubo objeciones al juramento estimatorio formulado por la parte demandante y que no obra en el plenario un medio de prueba que controvierta lo allí expuesto, se tendrá como IBL para calcular este daño emergente, medio salario mínimo legal mensual vigente, que alcanza la suma de \$500.000.

$$DEC = \frac{RA * (1 + i)^N - 1}{i}$$

$$DEC = \frac{500.000 * (1 + 0,004867)^{110,4} - 1}{0,004867}$$

$$DEC = \frac{500.000 * 1,709179 - 1}{0,004867}$$

$$DEC = 500.000 * 145,711732$$

$$DEC = 72.855.866.$$

¹⁸ Ver sentencias SC665-2019, SC5686-2018.

Frente al daño emergente futuro también se pidió cuidados de la menor, gastos de manutención y estudios superiores.

Frente al primero, esto es, por el cuidado de la menor aquel se presume, dado que si los padres se encuentran trabajando, es necesario que la menor reciba un cuidado hasta una edad en la que lo pueda hacer por ella misma, la cual bajo las reglas de la sana crítica, es hasta los 15 años, debido a la capacidad de discernimiento que tienen las personas a dicha edad, en donde incluso la ley los faculta para trabajar con permiso; no obstante, en este tipo de perjuicio, no es procedente el incremento del 25% por concepto de factor prestacional, por lo tanto solo se tendrá en cuenta medio salario mínimo legal mensual vigente.

$$\text{DEF} = \text{RA} * (1+i)^N - 1 \text{ (periodo indemnizable)}$$
$$i * (1-i)^N$$

$$\text{DEF} = 500.000 * (1+0,004867)^{69,6} - 1$$
$$0,004867 * (1-0,004867)^{69,6}$$

$$\text{DEF} = 500.000 * 1,402030 - 1$$
$$0,004867 * 1,402030$$

$$\text{DEF} = 500.000 * 0,402030$$
$$0,006823$$

$$\text{DEF} = 500.000 * 58,922761$$

$$\text{DEF} = 29.461.381$$

Frente a la manutención de la menor: Este concepto únicamente ha de reconocerse hasta que Luciana Gallego cumpla los 18 años, como quiera que la obligación alimentaria solo va hasta los 25 en caso que el alimentario se encuentre estudiando, lo cual en el caso en concreto, es un hecho indeterminado, y al ser indeterminado, también resulta ser incierto, lo que conlleva a que no pueda reconocerse.

$$\text{DEF} = \text{RA} * (1+i)^N - 1$$
$$i * (1-i)^N$$

$$\text{DEF} = 500.000 * (1+0,004867)^{105,6} - 1$$
$$0,004867 * (1-0,004867)^{105,6}$$

DEF= 500.000 * 1,669807-1
0,004867 * 1,669807

DEF= 500.000 * 0,669807
0,008126

DEF= 500.000 * 82,427639

DEF= 41.213.820.

Finalmente, de cara a los estudios de la menor hasta que esta cumpla 25 años: Bajo la premisa previamente esbozada en el literal anterior, no se reconocerá daño emergente futuro por este concepto, pues que la menor ingrese a la universidad, es asunto que, hoy por hoy, resulta ser un albur.

Recapitulándolo todo, quedó demostrado que la conducta del médico estuvo alejada a la *lex artis ad hoc*, pues dio por exitosa la cirugía del demandante, cuando el examen de espermograma no lo indicaba, lo que, por rebote, significó que el paciente dejara de planificar cuando, en realidad, lo que deseaba era evitar el riesgo de embarazo que, a la postre, se materializó fruto de ese acto médico indebido. Finalmente, se reconocerán los perjuicios extrapatrimoniales y algunos de los patrimoniales solicitados por la parte demandante, conforme se explicó en precedencia.

De cara a las excepciones de mérito planteadas por la parte demandada, algunas se despacharon expresamente, como las planteadas por la Ips demandadas y otras, quedaron resueltas ínsitamente con los argumentos expuestos para declarar probada la responsabilidad y la existencia de los perjuicios reconocidos.

Por lo expuesto, el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por Estudios e Inversiones médicas S.A. –Esimed SA-

Segundo: Declara no probadas las demás excepciones planteadas por la parte demandada.

Tercero: Declarar civilmente responsable a Pablo Fernando Salgado Salgado y a la EPS Saludcoop –en liquidación-, de los perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia del error médico cometido en la atenciones médicas recibidas por Alcides de Jesús gallego Toro en la lectura del espermograma realizado fruto del procedimiento de vasectomía.

Cuarto: condenar a la parte demandada y en favor de la demandante a pagar los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, en las siguientes sumas:

-40 SMLMV para cada uno de los demandantes por la afectación a un bien constitucionalmente protegido.

-20 SMLMV para casa uno de los demandantes por perjuicio moral.

-20 SMLMV para cada uno de los demandante por daño a la vida.

-\$143.531.067 por daño emergente consolidado y futuro.

Quinto: costas a cargo de la parte demandante y en favor de Estudios e Inversiones médicas S.A. –Esimed SA-. Por agencias en derecho se fija la suma de \$23.114.703.

Sexto: Costas a cargo de la parte demandada y en favor de los demandantes. Como agencias en derecho se fija la suma de \$38.524.505.

Esta decisión queda notificada por estrados.

DIEGO NARANJO USUGA

JUEZ