El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.



REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Providencia : Sentencia – 2ª instancia – 07 de abril de 2017

 Confirma decisión que negó las pretensiones

 Proceso : Ordinario – Responsabilidad médica

 Demandante (s) : Lina Marcela Hernández Sánchez y otros

 Demandado (s) : EPS Salud Total SA y otros

Procedencia : Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 2012-00275-01 (Interna 8591 LLRR)

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 185 de 07-04-2017

**Temas : CULPA – DIAGNÓSTICO - TRATAMIENTO – PERITAJE -TESTIGO TÉCNICO.** “[E]n armonía con las argumentaciones planteadas, los actos médicos cuestionados estuvieron ajustados a los protocolos universales de la medicina, para el tipo de padecimientos que aquejaron a la señora Consuelo Hernández Sánchez, por contera, fue atribuible al supuesto error de conducta con ocasión de los servicios prestados, se impone denegar la responsabilidad suplicada, sin siquiera incursionar en el estudio de las causales exonerativas que fueron declaradas en primera instancia y por ello lo consecuente será negar las pretensiones, sin declarar probado algún medio exceptivo.”.

Pereira, R., siete (7) de abril de dos mil diecisiete (2017).

## El asunto por decidir

El recurso de alzada interpuesto, por la parte demandante, contra la sentencia del día 23-09-2013, dentro del proceso arriba mencionado, una vez formuladas las apreciaciones jurídicas que a continuación siguen.

## La síntesis de la demanda

* 1. Los supuestos fácticos relevantes
		1. La señora Consuelo Hernández Sánchez estaba afiliada a la EPS Salud Total.
		2. La señora Hernández Sánchez consultó los días 25 y 26 de febrero de 2007 por enfermedad general, con síntomas de dolor de cabeza y rigidez en la nunca, para lo que fueron formulados calmantes. Luego el 28-02-2007 consultó nuevamente con esa sintomatología, con antecedente de migraña, pero también con fiebre, mareos, vómito, adinamia y sin ganas de comer, fotofobia, por lo que fue diagnosticada con infección viral y le ordenan pruebas de laboratorio.
		3. El día 02-03-2007 le formularon gentamicina y metronidazol. Y el 04-03-2007 regresó con diagnóstico de migraña, con punto de gatillo en la nuca, falta de coherencia al hablar pero sin signos meníngeos, ni neuroinfección, le suministran otros medicamentos.
		4. Luego el 07-03-2007 consulta a médico neurólogo que encontró registrados en la historia clínica, los mismos síntomas de las dos semanas anteriores.
		5. El 09-03-2007 acudió nuevamente al médico y por su insistencia es hospitalizada, al día siguiente luego de practicada tomografía axial computarizada, le piden autorización para una punción lumbar, con resultado de meningitis no especificada o tuberculosa, le inician tratamiento, el cual es aplicado sin mayor evolución hasta el 14-03-2007 cuando convulsiona y es trasladada a UCI, allí permanece hasta el 21-03-2007 cuando fallece.

La adición de la demanda, hizo algunas precisiones en el texto sobre los hechos e incluyó unas preguntas para el dictamen pericial (Folios 326 y 327, cuaderno principal, tomo II).

* 1. Las pretensiones
		1. Que se declare responsables a las demandadas por la muerte de la señora Consuelo Hernández Sánchez.
		2. Que se condene a las demandadas a pagar: (i) Como perjuicios morales la suma de 100 smlmv para cada uno de los demandantes; (ii) Como perjuicios materiales a favor de Carlina Sánchez de Hernández y por los conceptos de lucro cesante consolidado y futuro o anticipado, de acuerdo con los nociones y fórmulas establecidas para el efecto; y, (iv) Que frente a las condenas decretadas sean tasados los intereses y, sean a la vez, debidamente indexadas.
		3. Que se condene en costas a las demandadas (Sic).

## La síntesis de la crónica procesal

La demanda fue asignada al Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, que la admitió el 10-04-2008, ordenó notificarla, correr traslado, entre otros ordenamientos (Folios 113 y 114, cuaderno principal, tomo I). El 22-05-2008 fue notificada la Clínica Los Rosales (Folio 115, cuaderno principal, tomo I), que contestó, excepcionó y llamó en garantía a Seguros del Estado SA (Folio 125, cuaderno principal, tomo I). Por su parte, Salud Total se entendió notificada por aviso (Folio 347, cuaderno principal, tomo II), replicó la demanda con las excepciones de fondo (Folios 157 a 260, cuaderno principal, tomo I) y también llamó en garantía a Liberty Seguros SA (Folios 261 a 276, cuaderno principal, tomo I) y a la codemandada Clínica los Rosales (Folios 277 a 324, cuaderno principal, tomo I).

La demanda fue adicionada y se surtió el traslado (Folios 326 a 327 y 347, cuaderno principal, tomo II). Los llamados en garantía fueron notificados personalmente (Folios 350, 351 y 365, cuaderno principal, tomo II) y contestaron (Folios 353 a 364 y 366 a 393, cuaderno principal, tomo II). En audiencia realizada el 22-07-2009 se decretaron las pruebas (Folios 397 a 401, ibídem), con auto del 23-07-2012 el Juzgado Primero Laboral del Circuito – Segundo adjunto, declaró su incompetencia en razón a la Ley 1564 y remitió a los Juzgados Civiles del Circuito (Folios 703 a 720, cuaderno principal, tomo III).

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de esta ciudad, asumió el asunto y con auto fechado del 05-07-2013, al estar agotado el debate probatorio, corrió traslado para alegaciones finales (Folio 756, cuaderno principal, tomo III). Luego, emitió sentencia desestimatoria, el día 23-09-2013 (Folios 785 a 804, cuaderno principal, tomo III) y como fuera apelada por la parte demandante, se concedió el día 09-10-2013 ante este Tribunal (Folio 809, cuaderno principal, tomo III).

En esta superioridad, con proveído del 29-11-2013 se admitió la alzada (Folio 4, este cuaderno), para después dar el traslado de rigor (Folio 6, este cuaderno), y se pasó para fallo el 17-02-2014 (Folio 34, este cuaderno). El suscrito Magistrado recibió el despacho el día 16-05-2014. Finalmente, con decisión del día 29-06-2016 se prorrogó el plazo para fallar (Artículo 121, CGP; Folio 37, ibídem).

1. El resumen de la sentencia de primer grado

Declaró probada la excepción de “*fuerza mayor y caso fortuito”* (¿?)*,* desestimó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

Precisó que la responsabilidad reclamada es extracontractual porque los demandantes son terceros ajenos al vínculo negocial que tenía la víctima con las demandadas y halló acreditada la legitimación en ambos extremos. Evaluó los servicios dispensados por las demandadas como una prestación oportuna. Relacionó las características de las enfermedades migraña y meningitis, para luego mencionar que la señora Hernández Sánchez tenía, registrados en la historia clínica, antecedentes desde el año 2004 de cefalea por migraña desde la juventud y en el mes de enero de 2007 ya había consultado por síntomas como fiebre, malestar general, diarrea y deshidratación.

Finalmente, concluyó a partir del dictamen pericial que, la señora Consuelo presentaba dos patologías: migraña y meningitis, con sintomatología imbricada, por lo que el tratamiento dado a la primera enmascaró las señales de la segunda, que en la mayoría de los casos es mortal, por lo que estimó que no hubo negligencia ni descuido a la paciente, a lo que se le suman los antecedes desde la juventud (Folios 785 a 804, cuaderno principal, tomo III).

1. La síntesis de la apelación

El apoderado de la parte demandante considera que, en modo alguno puede hablarse de fuerza mayor o caso fortuito, ante la cantidad de consultas que debió hacer la paciente por la persistencia de los síntomas y sin que se intentarán agotar otros medios para definir la patología padecida, aspectos que estima son lo que evidencian las fallas y el descuido que cobró la vida de la señora Consuelo Hernández Sánchez. Afirma que idéntica conclusión, en cuanto a la negligencia, se advierte del dictamen pericial y de los testimonios médicos (Folios 8 a 31, este cuaderno).

## LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

* 1. La competencia en segundo grado. Esta Corporación judicial tiene facultad legal para resolver la controversia sometida a su consideración en razón al factor funcional, al ser superiora jerárquica del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, R., donde se tramitó la primera instancia.
	2. Los presupuestos procesales. Están debidamente cumplidos, hay competencia, capacidad para ser parte y procesal, así como la demanda en forma, por manera que es viable resolver de fondo. El Despacho de primer grado era competente por el factor territorial (Artículo 23-10º del CPC) y objetivo (Artículo 16-4º, CPC). En todo caso, las partes no discutieron este aspecto al concurrir al proceso (Artículo 144, CPC).
	3. El trámite adecuado y el derecho de postulación. Este litigio se gestionó según el rito procedimental prescrito para el proceso ordinario, de acuerdo con los artículos 396 y subsiguientes del CPC. Las partes estuvieron representadas por apoderados judiciales, a quienes asiste el derecho de postulación (Artículo 63, CPC).
	4. El problema jurídico a resolver. ¿Se debe revocar la sentencia desestimatoria proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de esta municipalidad, R., según el razonamiento de la apelación de la parte demandante?
	5. El tipo de pretensión

Sobre la responsabilidad en este caso, hay que decir que, como el proceso inició en la especialidad laboral, la demanda no especificó la modalidad, sin embargo, como en efecto lo dijera la juzgadora de la causa, la responsabilidad debe examinarse en el terreno de la conocida como extracontractual, también llamada *aquiliana*, porque claramente se advierte que ningún vínculo negocial ata a las partes enfrentadas en este proceso.

Si bien en la mayoría de las veces la responsabilidad sanitaria se ubica en la nominada contractual[[1]](#footnote-1), existen varios eventos exceptivos de aquella generalidad[[2]](#footnote-2), como el que aquí se resuelve, explica la CSJ[[3]](#footnote-3), que cuando los demandantes reclaman: *“(…) la reparación de sus propios daños, esto es, actúan iure proprio, piden para sí y por sí perjuicios personales por la muerte de la víctima directa (pretensiones declarativas y de condena, hechos primero a noveno, estimativo de perjuicios materiales. (…) por tratarse de terceros ajenos al vínculo, quienes no pueden invocar el contrato para exigir la indemnización de sus propios daños “con el fallecimiento de la víctima-contratante, debiendo situarse, para tal propósito, en el campo de la responsabilidad extracontractual” (cas. civ. sentencia de 18 de mayo de 2005, [SC-084-2005], exp. 14415)”.* Sublínea fuera de texto.

* 1. Los presupuestos sustanciales

Definida así la pretensión, sobreviene determinar la legitimación en la causa en los extremos de la relación procesal, cuyo examen es oficioso[[4]](#footnote-4)-[[5]](#footnote-5)-[[6]](#footnote-6), independiente de la posición que asuman las partes frente a este aspecto.

La legitimación en la causa está satisfecha en ambos extremos de la relación procesal. En efecto, por activa la parte actora es la que aduce haber padecido un perjuicio en sus intereses legítimos[[7]](#footnote-7)-[[8]](#footnote-8), según el artículo 2342 del CC; está integrada por Carlina Sánchez (Madre); Gladys, Fabiola, Orlando y Olga Hernández Sánchez (Hermanos); Lina Marcela Hernández (Hija); Darlyn Camila Restrepo Hernández (Nieta); y, Andrés Felipe Pérez Hernández (Sobrino), todos ellos como “*víctimas indirectas o de rebote*”, en razón a esa calidad, la pretensión ejercida es personal y no hereditaria[[9]](#footnote-9)-[[10]](#footnote-10). Obran para acreditar las condiciones enunciadas los respectivos registros civiles de nacimiento(Folios 35 y 37 a 43, cuaderno principal, tomo I).

Así, la legitimación en la causa por activa está satisfecha por la parte actora, sin embargo, es necesario recordar que la legitimación en cuanto al daño moral, no se reduce al parentesco, pues la jurisprudencia de la CSJ[[11]](#footnote-11) ha considerado que el daño corporal sufrido por alguno de los miembros de la familia es un indicio de la afección de los demás, en atención a los lazos de cercanía, solidaridad y afecto. Igual precisión cabe frente al daño a la vida de relación[[12]](#footnote-12). Ello, sin dejar de reconocer que deba acreditarse la condición en que se comparece, y en caso de resultar próspera la pretensión, se verificará la calidad del reclamante y la intensidad del daño, a efectos de la respectiva cuantificación de la indemnización.

En lo atinente a la legitimación por pasiva, se tiene que Salud Total y la Clínica Los Rosales, son responsables de manera solidaria por los perjuicios invocados, pues a ellas, la parte demandante, les imputa la conducta dañina (Artículo 2341, CC).

Esta aseveración tiene su fundamento normativo en el sistema de seguridad social en salud (Ley 100), dado que las Entidades Promotoras de Salud (En adelante EPS) son responsables de *“(…) la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía.(…)”* y entre sus funciones están *“(…) organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados (…)*” (Artículo 177) y “*Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados”* (Artículo 178-6°) por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (En adelante IPS). Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la CSJ[[13]](#footnote-13), reiterada en reciente sentencia[[14]](#footnote-14) (2016).

De allí que, por disposición legal, ambas entidades están llamadas a prestar a los usuarios, a través de sus agentes, los servicios que requieran con arreglo a tales principios y su infracción causa un perjuicio a los afiliados que será objeto de reclamación.

* 1. La resolución del problema jurídico planteado

Delimitados por el marco argumental formulado en la alzada, en acatamiento del artículo 357 del CPC, se examinará el asunto litigioso, con desarrollo de los precisos aspectos cuestionados.

* + 1. La responsabilidad civil médica

Es aquella responsabilidad que se presenta por los efectos que la aplicación de la ciencia de la medicina, tiene en la vida, la integridad física o emocional y la salud de una persona. Este último elemento como derecho fundamental que es (Ley 1751), implica que también sean, un derecho inherente a las personas, los servicios médico-asistenciales recibidos y que siempre deben propender por una vida digna.

Quien asume la profesión galénica, en su práctica se debe a las respectivas reglas, normas y directrices específicas según los cánones científicos y técnicos de su ejercicio, acorde con las formas usuales para cada tiempo y lugar, el conocimiento y el desarrollo propio de la ciencia. El médico está sujeto a las reglas de la profesión en cualquiera de las fases de aplicación, es decir, en la prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control.

Dadas esas características, la responsabilidad médica se configura, por lo general, en la esfera de la denominada subjetiva en el régimen de probada[[15]](#footnote-15), aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como *actividad peligrosa*[[16]](#footnote-16); sin embargo, a esta fecha es sólido que su fundamento es la culpa probada[[17]](#footnote-17), según el precedente constante de la CSJ y la doctrina mayoritaria[[18]](#footnote-18). Más que el error del profesional prudente y diligente, se debe acreditar que aquel se apartó de los deberes o parámetros específicos que las circunstancias del caso le exigía, conforme la experiencia y el avance científico (Artículo 12, Ley 23 de 1981).

De allí, que en principio corresponde al demandante demostrar todos los elementos axiológicos de la responsabilidad médica(Salvo presunción legal), ellos son: el daño, causalidad o nexo causal y la culpabilidad[[19]](#footnote-19) (Culpa o dolo). Y cabe anotar que la doctrina de la CSJ, entiende que trátese de la modalidad contractual o extracontractual, el régimen siempre será de culpa probada[[20]](#footnote-20).

En esta ocasión las demandadas deben responder en forma directa por el comportamiento dañino, derivado de la conducta de sus agentes ante la prestación de los servicios de salud, que comprende las prestaciones asistenciales impuestas legamente, de donde surgen entre otros los deberes: (i) Referidos al acto médico; (ii) Relativos a los actos de asistencia sanitaria de carácter auxiliar (Llamados paramédicos); y (iii) Respecto a los de hospitalización. Así lo entiende la jurisprudencia de la CSJ[[21]](#footnote-21).

Frente a los deberes relativos al acto médico, enseña el precedente de la CSJ[[22]](#footnote-22)-[[23]](#footnote-23), pacíficamente, que[[24]](#footnote-24):

*Justamente, la civil médica, es una especie de la responsabilidad profesional sujeta a las reglas del ejercicio de la profesión de la medicina, y cuando en cualquiera de sus fases de prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control, se causa daño, demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, in solidum si fueren varios los autores, pues “el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación se presenta simplemente por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico – patológicas”*.

* + 1. La carga probatoria

En la responsabilidad civil sanitaria la regla general es que las obligaciones debidas por los médicos en su ejercicio, son de medio[[25]](#footnote-25)-[[26]](#footnote-26) y de manera excepcional de resultado, entre otras las cirugías estéticas reconstructivas[[27]](#footnote-27)-[[28]](#footnote-28), el diligenciamiento de la historia clínica y la obtención del consentimiento[[29]](#footnote-29), la elaboración de prótesis, el secreto profesional[[30]](#footnote-30), entre otros. Lo anterior presta utilidad para determinar el régimen probatorio aplicable, pues en tratándose de obligaciones de medio opera la tesis de la culpa probada, mientras que para las llamadas de resultado impera la presunción de culpa. De antaño la jurisprudencia de la CSJ[[31]](#footnote-31)-[[32]](#footnote-32)-[[33]](#footnote-33), ha sostenido que las obligaciones de medio tienen implícito un mayor esfuerzo demostrativo para el reclamante[[34]](#footnote-34).

En refuerzo de lo dicho, debe advertirse que la Ley 1164, en su artículo 26, dispone en los apartes pertinentes: *“Acto propio de los profesionales de la salud****.*** [*Modificado por el art. 104, Ley 1438 de 2011*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41355#104)*. Entendido como el conjunto de acciones orientadas a la atención integral del usuario, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas dentro del perfil que le otorga el respectivo título, el acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medios, basada en la competencia profesional.”.* Sublínea puesta a propósito por esta Sala.

Cuando el título de imputación es el de la culpa probada, no cabe duda que la carga probatoria gravita en cabeza del demandante, así señaló el órgano de cierre de la especialidad[[35]](#footnote-35):

… Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras). La sublínea es extratextual.

A pesar de lo apuntado, la misma Corporación desde 2001[[36]](#footnote-36), empezó a acoger la tesis del CE de los años 1990[[37]](#footnote-37) y 1992[[38]](#footnote-38), incluso la misma CC[[39]](#footnote-39), reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la “*carga dinámica de la prueba*”[[40]](#footnote-40) (hoy con reconocimiento normativo expreso en el artículo 167 del CGP, que valga enfatizar resulta inaplicable al caso, por regir para el proceso el CPC) y “*dependiendo de las circunstancias del asunto*”, el juzgador atribuirá el deber de acreditación sobre determinado hecho, teniendo[[41]](#footnote-41): *“(…) en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artix).”.* Nótese cómo el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, sobre acciones populares, ya había consagrado la doctrina anotada.

En el área de la responsabilidad médica, la posición se conserva en estos días[[42]](#footnote-42), para la vigencia del CPC, desde luego. En todo caso se resalta, que para la resolución de este litigio en particular, no se aplicó la referida teoría.

* + 1. El caso concreto objeto de análisis

La sentencia atacada por esta vía, será confirmada, con estribo en las argumentaciones jurídicas que a continuación se explicitan, diferente sí, de lo allí razonado, dado que reconoció dos (2) causas extrañas (Caso fortuito y fuerza mayor) y aquí se entiende que no se supera la demostración del nexo causal y la culpabilidad por ende, el análisis ni siquiera llega a las causas de exoneración.

Lo cuestionado por el mandatario judicial de los actores y que limita el marco argumental (Artículo 357 del CPC), es que de ninguna manera puede considerarse que existió fuerza mayor o caso fortuito, porque el alto número de consultas que hizo la señora Consuelo Hernández Sánchez, dan cuenta de la persistencia de la sintomatología sin que hubiere mejoría a pesar del tratamiento, y son esas las circunstancias que muestran la falta de diligencia y el descuido de las demandadas en la atención que fue prestada.

El primer análisis en el juicio de responsabilidad ha de corresponder a la verificación del daño y el condigno perjuicio para las víctimas, pues sin este elemento cardinal, está llamado al fracaso el señalado estudio. A ninguna duda se remite, y está fuera de discusión por las partes, que la muerte de la señora Hernández Sánchez está debidamente acreditada con el registro civil de defunción (Folio 36, cuaderno No.1, tomo I). Y como atrás se dijera al examinar los presupuestos materiales de esta acción, el perjuicio también está probado en cabeza de los demandantes, sin embargo, el estudio de la intensidad de daño queda relegado hasta tanto se establezca si existió responsabilidad de las demandadas.

Subsigue verificar la conducta culposa endilgada por el hecho médico y su relación causal con la muerte de la mencionada señora Hernández Sánchez. Al efecto, la cuestión medular en el asunto se circunscribe a los presupuestos causal y de culpabilidad, para luego descartada alguna exonerante, declarar si hubo o no responsabilidad jurídica.

Necesario resaltar que las categorías conceptuales de causalidad y culpabilidad, en la dogmática de la responsabilidad, contractual o extracontractual, civil o estatal, guardan diferencias sustanciales, son autónomas, aunque se relacionan. La causalidad es la constatación objetiva de una relación natural de causa-efecto, mientras que la culpabilidad como fundamento, se refiere a la valoración subjetiva de una conducta[[43]](#footnote-43)-[[44]](#footnote-44), la causalidad no admite presunciones y siempre debe probarse[[45]](#footnote-45), por su parte la culpabilidad si las tiene y desde luego relevan de su acreditación.

La decisión recurrida explicó que la señora Hernández Sánchez, reflejaba en la historia clínica, antecedentes de migraña desde la juventud y que ese fue motivo de consulta en repetidas ocasiones, antes de los días enunciados a la demanda; también que el peritaje señaló que esa era una de las patologías que presentaba la paciente, cuya sintomatología se confundía con la de la meningitis, pero que en todo caso había recibido tratamiento. Ahora, los argumentos de la alzada, predican que no se hizo lo suficiente para lograr la mejoría de la paciente, pues los síntomas persistían y por eso debió reconsultar tantas veces, y esas son las deficiencias en la atención médica que terminaron en la muerte de la señora Consuelo.

En concreto, afirma el apelante que no se hicieron los exámenes suficientes para que se diagnosticara la meningitis y por eso el tratamiento dado fue insuficiente.

Aquí luce necesario memorar que el diagnóstico (Artículos 10º y 12º, Ley 23 de 1981) es la fase encaminada a determinar el cuadro clínico del paciente, en concreto para precisar la patología que padece, así lo define el profesor Jaramillo J., en su obra[[46]](#footnote-46); se considera uno de los actos médicos más relevantes en la práctica de la medicina porque a partir de él, se diseña el tratamiento a seguir[[47]](#footnote-47), para tal propósito el médico realizará el examen físico, con la práctica de ayudas diagnósticas e incluso con procedimientos exploratorios.

Planteado lo anterior, indispensable es señalar, que el tema de prueba[[48]](#footnote-48) frente al “*error de diagnóstico*” gira en torno a si el médico agotó todos los medios de que disponía y aconsejaba la *lex artis ad hoc* al realizarlo, así como si se hallaba fundado en la totalidad de los estudios y exámenes especializados requeridos en el caso (Paraclínicos o especializados).

De la forma preindicada, podrá ponderarse si la propedéutica fue o no la adecuada, y de no serlo el yerro ha de ser calificado como “*inexcusable*”, para imputar jurídicamente responsabilidad civil, es decir, siempre que sea culposo, por eso entiende la CSJ[[49]](#footnote-49), que: “*Por el contrario, aquellos errores inculpables que se originan en la equivocidad o ambigüedad de la situación del paciente, o las derivadas de las reacciones imprevisibles de su organismo, o en la manifestación tardía o incierta de los síntomas, entre muchas otras, que pueden calificarse como aleas de la medicina no comprometen su responsabilidad.”.*

Para iniciar el análisis concreto, la condigna valoración se concentrará en el material documental, específicamente la historia clínica, la peritación rendida y los testimonios de los médicos Ramírez Diossa, Montoya Navarrete, Román Chalarca y Moreno Gómez, quienes trataron a la paciente, los dos primeros que atendieron a doña Consuelo en la Clínica Comfamiliar y los otros dos en el interregno anunciado en la demanda (25-02 a 09-03-2007).

Tal como lo expone la decisión cuestionada, la señora Hernández Sánchez, presentaba antecedentes de migraña desde la juventud, y de ello dan cuenta entre otras las anotaciones hechas: (i) El 01-04-2003 (Folio 483, cuaderno principal, tomo II); (ii) El 07-02-2004 (Folio 487, ib.); (iii) El 11-12-2006 (Folio 544, cuaderno principal, tomo III); y (iv) El 23-01-2007 (Folios 542 y 539, ídem).

Los síntomas por los que acudió al servicio médico, en el periodo comprendido entre el 25-02-2007 y el 04-03-2007, fueron cefalea, náuseas algunas veces con vómito, malestar general, visión oscura o borrosa, desaliento y fiebre (Folios 518 a 524, cuaderno principal, tomo II y III). El último día mencionado, refirió dolor en el cuello, por lo cual la valoraron neurológicamente, sin encontrar signos de meningitis. Diagnóstico que se mantuvo incluso hasta el 07-03-2007, fecha en la que fue examinada por el neurólogo Leonardo Fabio Moreno Gómez (Folio 54, cuaderno principal, tomo I) quien concluyó, a partir del reconocimiento físico y la tomografía cerebral simple, que el examen neurológico era normal.

Ahora bien, el mencionado dictamen, explicó que la migraña tiene como síntomas comunes, sin ser únicos ya que dependerá de la tipología, la edad y el sexo del paciente: *“(…) Dolor de cabeza hemicraneano, (…) de intensidad moderada a severa (…), generalmente precedida de síntomas visuales llamados escotomas, acompañada de náuseas y vómito, asociada a fotofobia y fonofobia, (…) en ocasiones asociada a fenómenos sensitivos en extremidades y déficit motores entre otros (…)”* (Folio 661, cuaderno principal, tomo III). Señales que coinciden parcialmente con las mostradas por la señora Consuelo, según acaba de relatarse.

De otra parte, el experto señaló que no hubo descuido ni negligencia en la atención prestada tanto en Salud Total como en la Clínica los Rosales (Folio 665, cuaderno principal, tomo III, respuestas No.16), que considera que las razones para que el tratamiento no hubiese sido oportuno y adecuado fueron que: (i) La paciente tenía dos patologías, migraña y meningitis, con sintomatología superpuesta; (ii) La relación médico- paciente no fue la mejor y ello dificulta la atención; (iii) El suministro de antibióticos esconde los síntomas de la meningitis; (iv) La EPS carece de un médico neurólogo en la planta de personal; y (v) La mortalidad por “meningitis por tuberculosis” es muy elevada a pesar de que el paciente reciba tratamiento (Ídem, respuesta No.15).

Respecto al suministro de antibióticos, refirió que como en este caso el germen causante de la meningitis no fue identificado, fueron correctos los provistos (Folios 663 y 668, cuaderno principal, tomo III, respuestas Nos.5 y 28). Además indicó que los medicamentos proporcionados a la señora Consuelo, antes de llegar a la Clínica Comfamiliar, sirven para el manejo del dolor y las inflamaciones por diferentes patologías, entre ellas, la meningitis (Folio 663, ídem, respuesta No.5). Afirmó que a pesar de identificarse una neuroinfección, en ningún momento se llegó a establecer un diagnóstico definitivo e incluso ni siquiera pudo decir cuál fue la causa de la muerte, pues la necropsia no fue aportada (Folios 663, 668 respuestas Nos.6, 26, 29).

Hasta aquí, se considera que de ninguna manera puede decirse que el perito refiera un indebido diagnóstico y menos de un tratamiento inadecuado por parte de las demandadas, si acaso podría sugerir lo dicho por el experto que, la paciente careció de la revisión por parte de un especialista en neurología, pero ello se desvirtúa, incluso desde la misma demanda con la valoración que hizo el neurólogo Moreno Gómez (Folio 54, cuaderno principal, tomo I).

Como ya se explicitara en líneas anteriores, en estos asuntos especializados, prima la ciencia y la técnica, por ello se ofrece como idóneo, aunque no único, el dictamen de especialista en la respectiva materia, entonces razonablemente puede inferirse que ante la inexistencia de un criterio de tal naturaleza, y al contrario, pareceres calificados indicativos de una imposible conexión material o fenomenológica, en los términos causales anotados, entre la conducta médica valorada y los resultados perjudiciales aquí reconocidos, el juicio de responsabilidad queda truncado.

Desde luego que el corolario apuntado, se aprecia convincente en cuanto la peritación aportada se tiene como eficaz, amén de pertinente y útil, se aviene a los postulados del artículo 241 del CPC, en cuanto está dotado de firmeza, precisión y calidad en sus fundamentos, que aunque no abundaron en referencias de literatura especializada, provienen de un profesional idóneo – especializado en neurología. Añádase que cobró firmeza porque las partes, pudiendo discutirlo, guardaron silencio lo que significa que estuvieron conformes.

De otra parte, cabe aclarar que el poder suasorio del peritaje se robustece con las versiones testificales del ya citado profesional Moreno Gómez y también del médico general Román Chalarca (Folios 590 a 593 y 427 a 429, cuadernos principal, tomos III y II, en su orden), pues son testigos técnicos, cuya noción acogida en esta instancia, explica el profesor Parra Quijano[[50]](#footnote-50), así: “*Como la ciencia da la explicación objetiva y racional de los fenómenos sometidos a su estudio, testimonio técnico es el de aquella persona que puede dar, con fundamentos, este tipo de explicaciones y las podrá hacer porque efectivamente tiene las calidades requeridas.*”; en efecto, estas personas percibieron los hechos que son tema de prueba, en el tiempo, espacio y lugares, de la asistencia médica dada a la señora Hernández Sánchez, en el periodo comprendido entre el 25-02 y el 09-03-2007.

La cuestión definitoria aquí, para deslindar un testigo técnico de un perito, consiste en precisar que el primero de los nombrados debe centrar su conocimiento especializado en los hechos percibidos por sus sentidos, para de allí elaborar deducciones científicas o técnicas, según el área del saber de la que sea profesional, así entonces, lo que no puede permitirse a este declarante es que emita conceptos más allá de lo percibido, pues para tales propósitos está concebida la prueba pericial. Para obtener mayores elementos de esa diferenciación puede acudirse a la doctrina de los profesores Devis E.[[51]](#footnote-51), Serrano E.[[52]](#footnote-52), Bermúdez M.[[53]](#footnote-53) o Rojas G.[[54]](#footnote-54).

Y se habla de robustecimiento con lo dicho por estos testigos técnicos porque además de la nota médica atrás mencionada, se evidencia en sus declaraciones que ambos profesionales, auscultaron lo referente al examen neurológico, sin encontrar rasgos diferenciales a la sintomatología de la migraña (Folios 590 a 593 y 427 a 429, cuadernos principal, tomos III y II, en su orden), aún a pesar de realizar por ejemplo la tomografía axial ya mencionada.

Así las cosas, se imputan una valoración y medicación inadecuada, sin embargo, ninguna probanza es indicativa de ello, la cuestión queda en una mera afirmación, huérfana de soporte científico o técnico, como impera para asuntos como este, por lo que apenas configura una hipótesis insuficiente para el propósito querido, al contrario la rebate la pericia atrás mencionada, que ni siquiera fue objeto de cuestionamiento y era justamente la oportunidad para buscar por esa vía darle pábulo a la culpabilidad.

De otra parte, es preciso reconocer que, solo fue hasta el 09-03-2007 con ocasión de la atención dispensada en el Clínica Comfamiliar, tal como menciona el doctor Ramírez Diossa y a partir de la resistencia a la flexión cervical, le ordenó una punción diagnóstica que reportó serologías negativas de meningitis bacteriana y en proceso de identificar el germen que la producía (Folios 424 a 426, cuaderno principal, tomo II), pero el servicio médico prestado por esa entidad no es objeto de este juicio.

Sin embargo, el que ese signo solo se haya mostrado luego de muchos días de iniciados los síntomas como parece haber ocurrido en este caso, no es algo extraño, pues los especialistas en neurología que declararon en el proceso, reconocieron que la meningitis es una enfermedad que requiere un proceso de evolución y no siempre se advierte con las primeras señales (Folios 426 y 591, cuaderno principal, tomos II y III), que además como lo refiere perito en su dictamen puede llegar a confundirse con otra patología, al compartir identidad de síntomas, como ocurrió en este caso (Folios 662 y 662, cuaderno principal, tomo III).

En conclusión, en armonía con las argumentaciones planteadas, los actos médicos cuestionados estuvieron ajustados a los protocolos universales de la medicina, para el tipo de padecimientos que aquejaron a la señora Consuelo Hernández Sánchez, por contera, fue atribuible al supuesto error de conducta con ocasión de los servicios prestados, se impone denegar la responsabilidad suplicada, sin siquiera incursionar en el estudio de las causales exonerativas que fueron declaradas en primera instancia y por ello lo consecuente será negar las pretensiones, sin declarar probado algún medio exceptivo.

1. LAS DECISIONES FINALES

Las premisas jurídicas ya enunciadas sirven para desechar la apelación y confirmar la negativa de las pretensiones, pues las motivaciones expuestas, aunque diferentes refuerzan su desestimación, pero sin que pueda declararse probada alguna excepción; se revocará el numeral primero de esa decisión. Se condenará en costas en esta instancia, a la parte demandante, y a favor de la parte demandada, por haber perdido el recurso (Artículo 365-1º, CGP).

La liquidación se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP, sin que haya lugar a fijar las agencias en derecho en esta instancia, por así disponerlo esa normativa al referir que: *“(…) Las costas y agencias serán liquidadas en manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera instancia (…)”*. Válido mencionar que en ese sentido se resolvió recientemente apelación, en Sala Unitaria, por el magistrado sustanciador de esta decisión[[55]](#footnote-55), donde se explicó en amplitud la tesis que avala esta postura.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. REVOCAR el numeral 1º del fallo fechado el día 23-09-2013 del Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, R.
2. CONFIRMAR los numerales 2º y 3º de la referida providencia, por las razones expuestas en la parte motiva.
3. CONDENAR en costas en esta instancia, a la parte demandante y a favor de la parte demandada. Se liquidarán en primera instancia.
4. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen, en firme esta providencia.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

 M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

DGH / DGD / 2017

LA SENTENCIA ANTERIOR SE NOTIFICA

POR FIJACIÓN EN **ESTADO** DEL DÍA

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

JAÍR DE JESÚS HENAO MOLINA

S E C R E T A R I O

1. VELÁSQUEZ P., Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual, 2ª edición, Bogotá DC, Universidad de La Sabana y Temis, 2013, p.45. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, MP: José F. Ramírez G.; No.5507. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ, Civil. Sentencias de (i) El 17-11-2011, MP: William Namén V.; No.1999-00533-01; y (ii) El 08-08-2011, MP: Pedro O. Munar C., No.2001-00778-01. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ, Civil. Sentencia del 23-04-2007, MP: Ruth M. Díaz R.; No.1999-00125-01. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ, Civil. Providencia SC14658-2015, MP: Fernando Giraldo G. [↑](#footnote-ref-5)
6. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 29-03-2017; MP: Duberney Grisales H., No.2012-00101-01. [↑](#footnote-ref-6)
7. HENAO, Juan C. El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, 2ª reimpresión, Bogotá DC, Universidad Externado de Colombia, 2007, p.95. [↑](#footnote-ref-7)
8. MAZEAUD, Henry y León, y TUNC, André. Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América - EJEA, 2011, p.385. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-9)
10. TAMAYO J., Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo I, 2ª edición, Legis, Bogotá DC, 2007, p.126. [↑](#footnote-ref-10)
11. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ, Civil. Sentencia del 13-05-2008, MP: César J. Valencia C.; No.1997-09327-01. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016, MP: Fernando Giraldo G. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-15)
16. CSJ, Civil. Sentencias de: (i) El 14-03-1942, GJ, tomo XIII, p.937; y, (ii) El 14-10-1959, MP: Hernando Morales M. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ, Civil. Providencia SC2506-2016, MP: Margarita Cabello B. [↑](#footnote-ref-17)
18. JARAMILLO J., Carlos I. Responsabilidad civil médica, relación médico paciente, 2ª edición, editorial Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, Bogotá DC, 2011, p.142. [↑](#footnote-ref-18)
19. CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-19)
20. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-20)
21. CSJ, Civil. Sentencia SC15746-2014, MP: Fernando Giraldo G. [↑](#footnote-ref-21)
22. CSJ, Civil. Sentencia del 13-09-2002, No.6199. [↑](#footnote-ref-22)
23. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-23)
24. CSJ, Civil. Sentencia SC15746-2014, ob. cit. [↑](#footnote-ref-24)
25. PARRA G., Mario F. Responsabilidad civil, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, Bogotá DC, p.285. [↑](#footnote-ref-25)
26. CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-26)
27. CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, MP: Arturo Solarte R., No.2005-00025-01. [↑](#footnote-ref-27)
28. YEPES R., Sergio. La responsabilidad civil médica, Diké, 9ª edición, 2016, Medellín, p.97. [↑](#footnote-ref-28)
29. CSJ, Civil. Sentencia SC2506-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-29)
30. YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.99. [↑](#footnote-ref-30)
31. CSJ, Civil. Sentencia del 05-03-1940; MP: Liborio Escallón. [↑](#footnote-ref-31)
32. CSJ, Civil. Sentencia del 12-09-1985; MP: Horacio Montoya G. [↑](#footnote-ref-32)
33. CSJ, Civil. Sentencia del 08-08-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-33)
34. CSJ, Civil. Sentencia SC15746-2014, ob. cit. [↑](#footnote-ref-34)
35. CSJ, Civil. Sentencia del 08-08-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-35)
36. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-36)
37. CE, Sección Tercera. Sentencia del 24-10-1990, CP: Gustavo de Greiff R., No.5902. [↑](#footnote-ref-37)
38. CE, Sección Tercera. Sentencia del 30-07-1992, CP: Daniel Suárez H., No.6897. [↑](#footnote-ref-38)
39. T-006 de 1992. [↑](#footnote-ref-39)
40. CSJ, Civil. Providencia SC15746-2014 ob. cit. [↑](#footnote-ref-40)
41. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-41)
42. CSJ, Civil. Sentencia SC8219-2016, ob. cit. [↑](#footnote-ref-42)
43. SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.423. [↑](#footnote-ref-43)
44. PATIÑO, Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual, Revista de la Universidad Externado de Colombia, No.20, Colombia [En línea]. 2011 [Visitado el 2017-03-03]. Disponible en internet: www.revistas.uexternado.edu.co › Inicio › Núm. 20 (2011) › Patiño [↑](#footnote-ref-44)
45. CSJ, Civil. Sentencia del 23-06-2005, No.058-95. [↑](#footnote-ref-45)
46. JARAMILLO J., Carlos I. Ob. cit., p.73. [↑](#footnote-ref-46)
47. YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.124. [↑](#footnote-ref-47)
48. DUQUE O., Alberto L. Tema de la prueba en la responsabilidad médica, editorial Universidad CES y Diké, Medellín, A., 2014, p.169. [↑](#footnote-ref-48)
49. CSJ, Civil. Sentencia del 26-11-2010, MP: Pedro O. Munar C., No.1999-08667-01. [↑](#footnote-ref-49)
50. PARRA Q., Jairo. Manual de derecho probatorio, Ediciones Librería del Profesional, 10ª, edición, 1999, Bogotá D.C., p.127. [↑](#footnote-ref-50)
51. DEVIS E., Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo segundo, 5ª edición, Bogotá DC, Temis, 2006, p.65. [↑](#footnote-ref-51)
52. SERRANO E., Luis G. El régimen probatorio en la responsabilidad médica, 5ª edición, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2012, p.278-281. [↑](#footnote-ref-52)
53. BERMÚDEZ M., Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte, 2ª edición, Bogotá DC, Legis SA, 2016, p.110. [↑](#footnote-ref-53)
54. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo III, pruebas civiles, ESAJU, Bogotá DC, 2015, p.364. [↑](#footnote-ref-54)
55. TSP, Sala Civil – Familia. Providencia del 06-10-2016; MS: Duberney Grisales H., expediente No.2015-00202-02. [↑](#footnote-ref-55)