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.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 15 de diciembre de 2017

Proceso:     Responsabilidad Médica

Radicación Nro. : 2012-00275-01

Demandante: Diana Maritza Ríos Manso y otro

Demandado: EPS SOS SA y otro

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: RESPONSABILIDAD MÉDICA / OBLIGACIÓN DE MEDIO NO DE RESULTADO / RÉGIMEN PROBATORIO / ABORTO / NO SE PROBÓ LA RESPONSABILIDAD / NIEGA / CONFIRMA -** Las obligaciones debidas por los médicos en su ejercicio, son de medio - y de manera excepcional de resultado, entre otras las cirugías estéticas reconstructivas - , el diligenciamiento de la historia clínica y la obtención del consentimiento , la elaboración de prótesis, el secreto profesional . Distinción reiterada en reciente (2017) decisión. 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 , ha sostenido que las obligaciones de medio tienen implícito un mayor esfuerzo demostrativo para el reclamante

(…)

Cuando el título de imputación es el de la culpa probada, no cabe duda que la carga probatoria gravita en cabeza del demandante,…

(…)

Recuérdese, que en materias médicas, es insuficiente el sentido común o reglas de la experiencia, pues tratándose de un tema científico, el juez habrá de acudir no solo a la peritación, sino también a los documentos o testimonios técnicos, para esclarecer la cuestión sometida a su escrutinio, sin embargo : “El dictamen médico de expertos médicos es indudablemente el medio probatorio que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el deceso de una persona por la actividad de otras. (…)”;

por manera que sin tener parámetros de comparación, ante la ausencia de probanzas de ese talante, no es plausible atribuir una inadecuada atención.

Debe agregarse que, de ninguna manera fue conclusión del perito, que la pérdida se hubiese presentado por negligencia de las demandadas, como lo afirmó el recurrente, pues a diferencia de ello, el experto señaló que era una cuestión inevitable, puesto que: “(…) la causa más frecuente de aborto del primer trimestre son las alteraciones cromosómicas y a las evolución que tuvo esta paciente no es probable que se pudiera realizar algún tipo de manejo para cambiar el pronóstico de esta gestación (…)”. (Sublínea fuera de texto).

Como ya se acotó, 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, que se aprecia convincente, puesto que 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 abundó en referencias de literatura especializada, proviene de un profesional idóneo, especializado en gineco- obstetricia. Añádase que cobró firmeza porque las partes, pudiendo discutirla, guardaron silencio, lo que significa que estuvieron conformes (Folios 649 a 658, ib.).

En suma, se imputa negligencia en la prestación del servicio, no obstante, ninguna probanza es indicativa de ello, la cuestión queda en una mera afirmación, huérfana de soporte, por lo que apenas configura una hipótesis, insuficiente para el propósito querido, al contrario, es rebatida por la pericia atrás mencionada, que se itera, ni siquiera fue objeto de cuestionamiento y era, justamente, la oportunidad para buscar, por esa vía, darle pábulo a la culpabilidad y ante el fracaso de ese juicio, inane es revisar la causalidad.



REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de segundo grado

 Tipo de proceso : Ordinario – Responsabilidad médica

 Demandante (s) : Diana Maritza Ríos Manso y otro

 Demandado (s) : EPS SOS SA y otro

Procedencia : Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 2012-00275-01 (Interna 9987 LLRR)

Temas : Culpabilidad - Diagnóstico

Mag. Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 658 de 15-12-2017

Pereira, R., quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

## El asunto por decidir

La alzada propuesta, por la parte actora, contra la sentencia emitida el 23-06-2015, dentro del proceso ya mencionado, luego de las apreciaciones jurídicas que a continuación se plantean.

## La síntesis de la demanda

* 1. Los supuestos fácticos relevantes

La señora Diana Maritza Ríos Manzo, afiliada desde 24-06-2005, acudió a la Clínica Materno Infantil de Comfamiliar el 08-10-2006 porque tenía dolor en la parte baja del abdomen, cólico y vómito, y cuando era valorada, ese proceso, se suspendió porque el médico fue informado de problemas con la afiliación de la paciente.

Sin recibir atención y como empezó a sentir sangrado, la señora Diana optó por trasladarse a la IPS Saludcoop, donde laboraba y allí le diagnosticaron amenaza de aborto, por lo que intentaron remitirla a la citada clínica, que se negó a recibirla. Enseguida, a pesar de la atención de la IPS empleadora, perdió su bebé y le hicieron un legrado, luego debían aplicarle el medicamento *rhesuman*, en la EPS afiladora, y aunque tuvo dificultades, finalmente, le fue suministrado (Folios 3 a 13, cuaderno principal, 1ª parte).

* 1. Las pretensiones
		1. Que se declare, solidariamente, responsables a las demandadas por poner en riesgo la vida de la señora Diana Maritza Ríos Manzo y ocasionar la pérdida de su hijo, debido a la inadecuada prestación del servicio.
		2. Que se condene a las demandadas a pagar por perjuicios materiales (Daño emergente, lucro cesante consolidado y futuro) y morales (Objetivos y subjetivos –*Sic*) la suma de 300 smmlv, por cada concepto, indexadas.
		3. Que se condene a las demandadas en costas del proceso *(Sic)*.

## La sinopsis de la crónica procesal

La demanda fue repartida al Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad, que la admitió el 25-09-2009, dispuso notificarla y correr traslado, entre otros ordenamientos (Folios 58 y 59, cuaderno principal, 1ª parte). La EPS Servicio Occidental de Salud SA – En adelante EPS SOS SA - fue notificada por aviso el día 31-10-2009 (Folio 77, ibídem), contestó con excepciones previas y de fondo (Folios 78 a 283, ibídem), y llamó en garantía a La Corporación Caja de Compensación Familiar de Risaralda – En adelante Comfamiliar Risaralda-.

Esta última entidad quedó notificada por conducta concluyente de la demanda, luego de reformada (Folios 360 a 367, cuaderno principal, 2ª parte), con proveído del 08-03-2010 (Folios 378 y 379, cuaderno principal, 2ª parte), aunque antes había intervenido con excepciones previas (Folios 69 a 75, ibídem); luego replicó con excepciones y pidió citar a La Previsora SA (Folios 380 a 406, cuaderno principal, 2ª parte). Esa aseguradora fue enterada el 05-05-2010 (Folio 412, ibídem) y más adelante excepcionó (Folio 413 a 447, ibídem).

El 17-06-2010 se cumplió audiencia en la que se decidieron las excepciones previas y fue saneada una irregularidad, porque no se había resuelto el llamamiento que hizo la EPS a la IPS, pero fue negado (Folios 450 a 464, ibídem), decisión que luego revocó la Sala Laboral de esta Corporación (Folios 472 a 487, ib.), aunque después, dentro del término, esa IPS guardó silencio (Folios 489 a 490, ib.). En diligencia del 18-08-2010 fueron decretadas las pruebas (Folios 492 a 494, ib.). El Juzgado Primero Laboral del Circuito – Segundo adjunto, que había asumido el conocimiento declaró su incompetencia y remitió el asunto a los Juzgados Civiles del Circuito (Folio 581, ib.).

El Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, asumió el conocimiento luego de proponer conflicto de competencia y con proveído del 28-02-2013 dispuso continuar el recaudo de las pruebas (Folio 599, ib.). El 19-08-2014 concedió plazo para alegar (Folio 650, cuaderno principal, 3ª parte) y, finalmente, el 23-06-2015 emitió fallo desestimatorio (Folios 670 a 689, cuaderno principal, 3ª parte). Recurrió la parte actora, por lo que se ordenó la remisión a esta Corporación (Folio 694, cuaderno principal, 3ª parte).

En esta instancia, se admitió con proveído del día 11-11-2015 (Folio 4, este cuaderno), para luego correr traslado (Folio 7, este cuaderno). Pasó a Despacho el día 14-01-2016 (Folio 34, este cuaderno). Finalmente, con decisión del día 29-06-2016 se prorrogó el término para resolver (Folio 37, ibídem).

1. El resumen de la sentencia de primer grado

Denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora. Recordó los elementos de la responsabilidad y explicó que con el material probatorio, dejaron de probarse la falta de atención de la Clínica de Comfamiliar o que hubiese empezado a sangrar en esa institución, pues al contrario, se probó el triage *(Sic)* realizado a la paciente. Indicó que tampoco se acreditó que hubiere rechazado la remisión que fue ordenada en la IPS Saludcoop y menos que todo se debiera a problemas relacionados con la afiliación de la señora Diana Maritza.

Sobre el nexo causal indicó que también quedó sin probarse, porque el daño que fue la pérdida del producto de gestación de la señora Ríos Manzo, pudo presentarse por el sangrado que presentó en la IPS Saludcoop y por el desinterés de la gestante que se demoró para concurrir a pedir la atención médica. Sumado a lo señalado por el perito, en cuanto a que era inevitable la pérdida (Folios 670 a 689, cuaderno principal, 3ª parte).

1. La síntesis de la apelación

El apoderado de la parte demandante recalcó que hubo fallas administrativas en la afiliación de la paciente, atribuibles a la EPS SOS SA, y eso provocó que no fuera atendida en la IPS Clínica Comfamiliar, cuando había llegado a tiempo para evitar la pérdida. Aseveró que se omitió valorar el estado de salud, físico y emocional, de la señora Diana Maritza y cómo debió prestársele el servicio acorde con los protocolos. Manifestó que la negativa a recibirla, cuando la IPS Saludcoop la iba a remitir y la tardanza en la aplicación del medicamento *rhesuman*, son muestras también de la negligencia de la clínica, cuyo origen fueron esas inconsistencias en la afiliación.

Estimó que la decisión desconoció lo afirmado por la actora, bajo el principio de buena fe, en cuanto que se le negó la prestación de los servicios y finalmente, señaló como la conclusión del peritaje fue que el daño existió porque las demandadas no hicieron lo que debían hacer y que sí le hizo la IPS Saludcoop (Folios 7 a 11, 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 Primero Civil del Circuito de Pereira, R., donde se emitió la decisión recurrida.
	2. Los presupuestos de validez y eficacia. Ningún reparo se advierte, con entidad suficiente para invalidar lo actuado; la demanda es idónea y las partes en su condición de sujetos de derechos están habilitadas para atender el litigio.
	3. El problema jurídico a resolver. ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia desestimatoria proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, según el razonamiento de la apelación presentada por la parte actora?
	4. Los presupuestos sustanciales

Sobre la responsabilidad en este caso, como el proceso inició en la especialidad laboral, la demanda no especificó la modalidad y el juzgador de primera instancia optó por decidir sin encuadrarla. Ahora bien, la responsabilidad sanitaria reclamada, es tanto contractual como extracontractual, como pasará a explicarse.

En efecto, 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), explica la CSJ[[3]](#footnote-3)-[[4]](#footnote-4), 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.

La jurisprudencia de la CSJ[[5]](#footnote-5), planteó el tema, así: *“ (…) la demanda que hubo de dar origen a este proceso propone una acumulación subjetiva de pretensiones: las propuestas por el señor (…) derivadas del incumplimiento contractual que le imputa el demandado, y las formuladas por los otros demandantes, quienes pretenden la indemnización del daño moral, según dijeron, a título de responsabilidad civil extracontractual, aunque invocando un factum idéntico al del señor (…), con quien manifestaron tener unión matrimonial (…)”* y ofreció como respuesta: “*Tratando la responsabilidad civil de los médicos por la prestación del servicio profesional, desde hace algún tiempo, la Corte ha venido predicando que ésta es, una responsabilidad que se deduce mediando la demostración de la culpa, independientemente de que la pretensión indemnizatoria tenga una causa contractual o extracontractual. (…)*”. Ese asunto se decidió, sin reprochar la acumulación referida, como aquí también se hará.

Esta misma postura ya había sido acogida en sentencia del 20-08-1947, donde se dijo que si se había incurrido en una culpa pero no había claridad que con esta: “*(…) se haya violado determinada cláusula contractual, pero el hecho ha causado daño, las consecuencias indemnizatorias se imponen, no importa cual sea el origen de la culpa.*” (Versalitas propias). Luego, esa Corporación, reiteró este criterio en decisión del 06-08-1985. La doctrina en cabeza del profesor Tamayo J.[[6]](#footnote-6) acoge este parecer en los siguientes términos: “*(…) el juez puede perfectamente aplicar la institución de la responsabilidad que considere correcta si encuentra que se llenan los demás requisitos, poco importa que el demandante se haya equivocado en la denominación de la figura aplicable, que haya omitido las normas aplicables o que haya invocado todas en forma común.*”.

No sobra decir que en nada se contraviene la prohibición del artículo 305 del CPC, referida a que el demandado sea condenado por “*causa diferente a la invocada en esta*”, en virtud a que “la causa” no varía, es el mismo hecho dañoso; no hay sorpresa en este sentido para la parte demandada, de talante idóneo para conculcar su derecho de defensa.

Definida así la pretensión sobreviene determinar la legitimación en la causa, en los extremos de la relación procesal, cuyo examen es oficioso, por manera que con independencia de lo alegado por las partes, corresponde siempre analizar su concurrencia, así lo entiende la CSJ[[7]](#footnote-7), en criterio que acoge sin reparos este Tribunal[[8]](#footnote-8). Está cumplida en la parte pasiva y parcialmente en la parte actora, tal como pasará a explicarse.

Hay legitimación de parte de la señora Diana Maritza Ríos Manzo, pues fue quien como paciente (En calidad de cotizante) consintió en recibir los servicios médicos, relación jurídica contractual aceptada expresamente por la EPS demandada (Folio 79, cuaderno principal, primera parte); además, este tipo de negocios jurídicos están excluidos de solemnidad alguna.

En lo que respecta a Carlos Iván Salguero Sarabanda, se dijo demandaba en la calidad de compañero permanente de Diana Maritza, empero, ningún acervo probatorio se aportó que diera cuenta de esa condición, por lo que carece de legitimación.

En lo atinente a la legitimación por pasiva, se tiene que EPS SOS SA y a Comfamiliar Risaralda, son responsables de manera solidaria por los perjuicios invocados, pues a ellas, la parte demandante, les imputa la conducta dañina (Artículos 2341 y 2344, 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[[9]](#footnote-9), reiterada en reciente sentencia[[10]](#footnote-10) (2017).

Así 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 cuando su infracción causa un perjuicio a los afiliados, podrá ser objeto de reclamación.

Ningún reparo hay sobre la citación de Comfamiliar Risaralda como llamada en garantía, pues no se opuso a que la EPS demandada le atribuyera participación en la causación del daño al haber atendido también a la paciente, “*coautoría en la producción del perjuicio*”[[11]](#footnote-11) (Artículo 2344, CC) llamada por la CSJ[[12]](#footnote-12), solidaridad directa. Tampoco hay censura en la vinculación hecha, en idéntica calidad, a La Previsora SA, según la póliza suscrita con la clínica en mención (Folio 402, cuaderno principal, 2ª parte).

* 1. La resolución del problema jurídico planteado

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

* + 1. La responsabilidad civil médica

Es aquella que puede generarse con ocasión de la aplicación de la ciencia de la medicina, dados los efectos que tiene en la vida, la integridad física o emocional y la salud de las personas. El profesor Santos B.[[13]](#footnote-13) la define como: *“(…) una responsabilidad profesional que estructura un comportamiento antijurídico como consecuencia del incumplimiento de deberes jurídicos a cargo de los médicos, relacionados con la práctica o ejercicio de su actividad (…)”*.

Quien asume la profesión galénica, en su práctica se debe a las respectivas normas (Leyes 14 de 1962, 23 de 1981 y su decreto reglamentario No.3380 de 1981, Ley 1164, entre otras) 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[[14]](#footnote-14), aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como *actividad peligrosa*[[15]](#footnote-15); sin embargo, a esta fecha es sólido que su fundamento es la culpa probada[[16]](#footnote-16), según el precedente constante de la CSJ[[17]](#footnote-17) y la doctrina mayoritaria[[18]](#footnote-18), sin miramientos a que sea la modalidad contractual o extracontractual. De allí, que corresponde al demandante demostrar todos los elementos axiológicos de la responsabilidad médica: el daño, la culpabilidad (Culpa o dolo) y la causalidad o nexo causal [[19]](#footnote-19), salvo que sean obligaciones de resultado.

Las EPS o IPS deben responder, a título de “culpa organizacional”[[20]](#footnote-20) 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 concibe la reciente jurisprudencia de la CSJ (2017) [[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. El caso concreto objeto de análisis

El daño, establecido en primera instancia, recae en la pérdida del producto de la gestación, de seis (6) semanas, que llevaba en su vientre la señora Diana Maritza, así quedó registrado en la historia clínica (Folios 45 y 46, cuaderno principal, 1ª parte).

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

Indudablemente las categorías conceptuales de culpabilidad y causalidad, en la dogmática de la responsabilidad, contractual o extracontractual, civil o estatal, guardan diferencias sustanciales, son autónomas, aunque se relacionan. La culpabilidad como fundamento, se refiere a la valoración subjetiva de una conducta[[25]](#footnote-25)-[[26]](#footnote-26), mientras que la causalidad es la constatación objetiva de una relación natural de causa-efecto, no admite presunciones y siempre debe probarse[[27]](#footnote-27), por su parte la culpabilidad si las tiene y desde luego relevan de su acreditación (Artículos 2353 y 2356, CC, 982 y 1003, CCo; entre otros).

La sentencia de primera instancia afirmó que dejó de probarse la negativa en la prestación del servicio, tanto en urgencias el día 08-10-2006, como en la no aceptación de la remisión ordenada por la IPS Salucoop y en el suministro del medicamento *rhesuman*, al contrario, señala que el triaje evidencia que se hizo la valoración y el dictamen pericial concluye que era inevitable la pérdida aunque la atención hubiese sido diferente. La parte actora insistió que todas esas omisiones se dieron, lo que debe considerarse como cierto a partir de la afirmación que hizo la actora, contextualizó cómo debieron ser los protocolos para atender a la paciente (Sin apoyarlo en alguna literatura médica) y arguyó que la conclusión de la experticia fue que el daño se presentó, porque las demandadas no hicieron los procedimientos médicos que debían, según las condiciones de la paciente.

El recurrente cimentó su insistencia, principalmente, en que en virtud de la buena fe debe tenerse por probadas las omisiones en la prestación del servicio alegadas, sin embargo, esa simple afirmación no basta como sustento, toda vez que en la responsabilidad sanitaria se aplica, por regla general, el régimen de la culpa probada, como a continuación se expondrá.

Las obligaciones debidas por los médicos en su ejercicio, son de medio[[28]](#footnote-28)-[[29]](#footnote-29) y de manera excepcional de resultado, entre otras las cirugías estéticas reconstructivas[[30]](#footnote-30)-[[31]](#footnote-31), el diligenciamiento de la historia clínica y la obtención del consentimiento[[32]](#footnote-32), la elaboración de prótesis, el secreto profesional[[33]](#footnote-33). Distinción reiterada en reciente (2017)[[34]](#footnote-34) decisión. 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[[35]](#footnote-35), ha sostenido que las obligaciones de medio tienen implícito un mayor esfuerzo demostrativo para el reclamante[[36]](#footnote-36).

En refuerzo, 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[[37]](#footnote-37):

… 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[[38]](#footnote-38), empezó a acoger la tesis del CE de los años 1990[[39]](#footnote-39) y 1992[[40]](#footnote-40), incluso la misma CC[[41]](#footnote-41), reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la “*carga dinámica de la prueba*”[[42]](#footnote-42) (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[[43]](#footnote-43): *“(…) 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).”.* En el área de la responsabilidad médica, la posición se conserva en estos días[[44]](#footnote-44), para la vigencia del CPC, desde luego.

Así que, corresponde a quien demanda, en este tipo de acción, “(…) *sin perjuicio de las atribuciones oficiosas del juez, impulsar con su comportamiento procesal las bases sobre las cuales se haría posible la condena por ella solicitada (…)”[[45]](#footnote-45)* (Resaltado fuera de text), empero, desde ya hay que decir que el uso de los poderes oficiosos impone, según la doctrina del órgano de cierre (CSJ)[[46]](#footnote-46), constitutiva de precedente, que: *“En su ordenación los falladores deben observar, en lo que al caso de esta especie interesa, que la adopción de la misma no sea un mecanismo para combatir o encubrir la potestad de la parte en asumir su carga probatoria, es decir, que no se erija como la forma de alentar la inercia o descuido del interesado.”.* (Versalitas fuera de texto):

Y para sellar esa premisa, con actualidad, en providencia reciente la CSJ (2016[[47]](#footnote-47)), persistió en la tesis precitada, y señaló: *“(…) no puede perderse de vista que hay casos en los cuales la actitud pasiva u omisiva del litigante que tiene la carga de demostrar determinada circunstancia fáctica, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones ora de sus defensas, por haber menospreciado su compromiso en el interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador… (CSJ SC, 14. Feb. 1995, Rad. 4373, reiterada en CSJ SC, 14. Oct. 2010, Rad. 2002-00024-01).”.*

En suma, refulge contundente que, no es propicio el uso de los aludidos deberes probatorios, so capa de subsanar las falencias probatorias y remediar la apatía de la parte actora a quien corresponde probar las omisiones en la prestación del servicio, cuando la única justificación que resaltó, es que por la buena fe de sus afirmaciones debían considerarse probada la desidia imputada.

El otro planteamiento del recurrente, es que debieron seguirse otros protocolos cuando la señora Diana Maritza acudió el 08-10-2006 ya que, incluso afirma, la conclusión de la experticia es que el daño se dio porque las demandadas no hicieron los procedimientos médicos que correspondían.

De acuerdo con ello, como se trata de la atención inicial y su valoración, se hace 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[[48]](#footnote-48); 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[[49]](#footnote-49), para tal propósito el médico realizará el examen físico, con la práctica de ayudas diagnósticas e incluso con procedimientos exploratorios.

Puede acaecer sin embargo, que en ese proceso se evidencie un diagnóstico diferencial, pues la sintomatología que sufre el paciente puede encuadrar en dos o más esquemas científicos que el profesional debe tener en mente como hipótesis, de allí la importancia de tomar en cuenta la información que brinda el estado de la persona en tratamiento, durante un tiempo adecuado, que permita observar el progreso de las condiciones de salud del paciente, de manera que pueda ajustar los juicios de diagnóstico a dicha evolución[[50]](#footnote-50).

Planteado lo anterior, indispensable señalar, que el tema de prueba[[51]](#footnote-51) 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 en este último caso el yerro ha de ser calificado como “*inexcusable*”, para imputar jurídicamente responsabilidad civil, es decir, siempre que sea culposo, por eso entiende la CSJ[[52]](#footnote-52), 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.”.*

Entonces el análisis se concentrará, en el examen en conjunto de los dos únicos medios probatorios aportados, pertinentes en esa etapa, como son: (i) El triaje (Folio 31, cuaderno principal, 1ª parte); y, (ii) La peritación rendida (Folios 576, 647 y 648, cuaderno principal, 2ª y 3ª parte); puesto que las historias clínicas remitidas por la IPS Saludcoop (Disco compacto, visible a folio 602, cuaderno principal, 3ª parte) y La Clínica Comfamiliar Risaralda (Folios 503 a 533, cuaderno principal, 2ª parte), corresponden a servicios prestados con posterioridad.

El triaje contenido en la hoja de admisión y clasificación del usuario, según explicó el especialista en gineco- obstetricia, doctor José William León Avellaneda – Adscrito a la Universidad Tecnológica de Pereira- (Folios 647 y 648, cuaderno principal, 3ª parte), es: *“(…) un método de selección que permite definir la prioridad de atención en un servicio de urgencias. Esta selección la realiza el médico de acuerdo a lo que refiere el paciente y los hallazgos al examen físico. El médico en el triage no diagnostica sino que establece la urgencia de la atención (Sic) (…)”* (Descatado propio de esta Sala).

En este caso, la señora Diana Maritza, fue clasificada en “triaje III” que corresponde, según la definición contenida en el artículo 5- 5.3 de la Resolución 5596 de 2015, a: “*(…)* *La condición clínica del paciente requiere de medidas diagnósticas y terapéuticas en urgencias. Son aquellos pacientes que necesitan un examen complementario o un tratamiento rápido, dado que se encuentran estables desde el punto de vista fisiológico aunque su situación puede empeorar si no se actúa (…)”*. Categorización, que explicó el citado especialista, da cuenta de que: *“(…) se trata de un paciente que presenta un problema de salud que no compromete la integridad del paciente. Promedio de espera para la atención hasta de 6 horas (…)”,* por lo que hasta ese momento, dijo el profesional, las condiciones de la paciente, admitían espera en la atención.

Así que, de modo alguno, puede llegarse a la conclusión de que debió prestársele un servicio diferente, máxime cuando es inexistente la prueba, protocolo o acaso concepto médico, que señale con bases científicas o técnicas que la sintomatología inicialmente presentada (Cólico y vomito) implicaba los signos y diagnóstico, posteriormente detectados en la IPS Saludcoop, que acabaron en aborto.

Recuérdese, que en materias médicas, es insuficiente el sentido común o reglas de la experiencia, pues tratándose de un tema científico, el juez habrá de acudir no solo a la peritación, sino también a los documentos o testimonios técnicos, para esclarecer la cuestión sometida a su escrutinio, sin embargo[[53]](#footnote-53): “*El dictamen médico de expertos médicos es indudablemente el medio probatorio que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el deceso de una persona por la actividad de otras. (…)”*;

por manera que sin tener parámetros de comparación, ante la ausencia de probanzas de ese talante, no es plausible atribuir una inadecuada atención.

Debe agregarse que, de ninguna manera fue conclusión del perito, que la pérdida se hubiese presentado por negligencia de las demandadas, como lo afirmó el recurrente, pues a diferencia de ello, el experto señaló que era una cuestión inevitable, puesto que: *“(…) la causa más frecuente de aborto del primer trimestre son las alteraciones cromosómicas y a las evolución que tuvo esta paciente no es probable que se pudiera realizar algún tipo de manejo para cambiar el pronóstico de esta gestación (…)”*. (Sublínea fuera de texto).

Como ya se acotó, 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, que se aprecia convincente, puesto que 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 abundó en referencias de literatura especializada, proviene de un profesional idóneo, especializado en gineco- obstetricia. Añádase que cobró firmeza porque las partes, pudiendo discutirla, guardaron silencio, lo que significa que estuvieron conformes (Folios 649 a 658, ib.).

En suma, se imputa negligencia en la prestación del servicio, no obstante, ninguna probanza es indicativa de ello, la cuestión queda en una mera afirmación, huérfana de soporte, por lo que apenas configura una hipótesis, insuficiente para el propósito querido, al contrario, es rebatida por la pericia atrás mencionada, que se itera, ni siquiera fue objeto de cuestionamiento y era, justamente, la oportunidad para buscar, por esa vía, darle pábulo a la culpabilidad y ante el fracaso de ese juicio, inane es revisar la causalidad.

En conclusión, se impone confirmar la decisión de primera instancia, pues deben negarse las pretensiones de la demanda, y así las cosas, es innecesario estudiar las excepciones, tal como enseña la doctrina de la CSJ[[54]](#footnote-54): “(…) *Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, (…), en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad (…) De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido “y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen (…)”*.

1. LAS DECISIONES FINALES

Las premisas jurídicas ya enunciadas sirven para desechar la apelación y confirmar la decisión cuestionada, en razón a que las motivaciones aquí expuestas refuerzan la desestimatoria de las pretensiones. 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 de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP, sin embargo, las agencias en esta instancia se fijarán en auto posterior, en seguimiento de la variación hecha por esta Sala[[55]](#footnote-55), fundada en criterio de la CSJ, en reciente decisión[[56]](#footnote-56) de tutela (2017). Se comprende que se hace en auto y no en la sentencia misma, porque esa expresa novedad, fue introducida por la Ley 1395 de 2010, desaparecida en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365, CGP.

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. CONFIRMAR el fallo fechado el día 23-06-2015 del Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, R.
2. CONDENAR en costas en esta instancia, a la parte demandante y a favor de la parte demandada. Se liquidarán en primera instancia, sin embargo la fijación de las agencias correspondientes a esta sede, se hará en auto posterior.
3. 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

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

DGH / DGD / 2017

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: Ramírez G.; No.5507. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, MP: Namén V.; No.1999-00533-01. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ, Civil. Sentencia del 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778-01. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-5)
6. TAMAYO J., Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo I, 2ª edición, Legis, Bogotá DC, 2007, p. 131. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ. SC1182-2016. [↑](#footnote-ref-7)
8. TSP, Civil-Familia. Sentencias del: (i) 01-11-2017; MP: Grisales H., No.2012-00274-01; (ii) 12-07-2016; MP: Arcila R., No.2010-0022-01; (iii) 19-12-2014; MP: Saraza N., No.2010-00059-02; y (iv) 21-06-2016; MP: Sánchez C, No.2012-00012-01. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ídem. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ. SC9193-2017. [↑](#footnote-ref-10)
11. SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, 3ª edición, Bogotá DC, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.498. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ SC5885-2016. [↑](#footnote-ref-12)
13. SANTOS B., Jorge. Ob. cit. p.95. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001. MP: Ramírez G.; No.5507. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ, Civil. Sentencias de: (i) 14-03-1942, GJ, tomo XIII, p.937; y, (ii) 14-10-1959, MP: Morales M. [↑](#footnote-ref-15)
16. CSJ SC2506-2016. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, Ob. cit. [↑](#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. SC8219-2016. [↑](#footnote-ref-19)
20. CSJ. SC9193-2017. [↑](#footnote-ref-20)
21. Ídem. [↑](#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. SC15746-2014. [↑](#footnote-ref-24)
25. SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.423. [↑](#footnote-ref-25)
26. PATIÑO, Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual, Revista de la Universidad Externado de Colombia, No.20, Colombia [En línea]. 2011 [Visitado el 2017-07-06]. Disponible en internet: www.revistas.uexternado.edu.co › Inicio › Núm. 20 (2011) › Patiño [↑](#footnote-ref-26)
27. CSJ, Civil. Sentencia del 23-06-2005, No.058-95. [↑](#footnote-ref-27)
28. PARRA G., Mario F. Responsabilidad civil, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, Bogotá DC, p.285. [↑](#footnote-ref-28)
29. CSJ. SC8219-2016. [↑](#footnote-ref-29)
30. CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, MP: Solarte R., No.2005-00025-01. [↑](#footnote-ref-30)
31. YEPES R., Sergio. La responsabilidad civil médica, Biblioteca jurídica Diké, edición 9ª, 2016, Medellín, p.97. [↑](#footnote-ref-31)
32. CSJ. SC2506-2016. [↑](#footnote-ref-32)
33. YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.99. [↑](#footnote-ref-33)
34. CSJ. SC7110-2017. [↑](#footnote-ref-34)
35. CSJ, Civil. Sentencias: (i) Del 05-03-1940; MP: Escallón; (ii) Del 12-09-1985; MP: Montoya G.; y, (iii) Del 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778. [↑](#footnote-ref-35)
36. CSJ. SC15746-2014. [↑](#footnote-ref-36)
37. CSJ, Civil. Sentencia del 08-08-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-37)
38. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-38)
39. CE, Sección Tercera. Sentencia del 24-10-1990, CP: De Greiff R., No.5902. [↑](#footnote-ref-39)
40. CE, Sección Tercera. Sentencia del 30-07-1992, CP: Suárez H., No.6897. [↑](#footnote-ref-40)
41. CC. T-006 de 1992. [↑](#footnote-ref-41)
42. CSJ. SC15746-2014. [↑](#footnote-ref-42)
43. CSJ. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-43)
44. CSJ. SC8219-2016. [↑](#footnote-ref-44)
45. CSJ. SC10291-2017. [↑](#footnote-ref-45)
46. CSJ, Civil. Sentencia del 27-08-2012; MP: Cabello Blanco, No.2006-007121-01. [↑](#footnote-ref-46)
47. CSJ, Civil. SC8456-2016. [↑](#footnote-ref-47)
48. JARAMILLO J., Carlos I. Ob. cit., p.73. [↑](#footnote-ref-48)
49. YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.124. [↑](#footnote-ref-49)
50. DUQUE O, Alberto L. Tema de la prueba en la responsabilidad médica, editorial Universidad CES y Diké, Medellín, A., 2014, p.159. [↑](#footnote-ref-50)
51. DUQUE O., Ob. cit., p.169. [↑](#footnote-ref-51)
52. CSJ, Civil. Sentencia del 26-11-2010, MP: Munar C., No.1999-08667-01. [↑](#footnote-ref-52)
53. CSJ, Civil. Sentencia del 08-05-1990, que sigue el razonamiento de los fallos de 24-09-1952, *G.J*. No. 2119, p. 237, y del 05-07-1957, *G.J*. No. 2184, p. 676, según explica el profesor SANTOS B., *ob. cit*., p.112. [↑](#footnote-ref-53)
54. CSJ, Civil. SC4574-2014. [↑](#footnote-ref-54)
55. TSP, Civil-Familia. Sentencias de: (i) 23-06-2017, No.2012-00118-01; y, (ii) 25-07-2017, No.2012-00247-01; MP: Grisales H. [↑](#footnote-ref-55)
56. CSJ. STC8528 y STC6952-2017. [↑](#footnote-ref-56)