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 respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de segundo grado - Civil

Tipo de proceso : Ordinario – Responsabilidad médica

Demandantes : Raúl de Jesús Cortés Ochoa y otros

Demandadas : Cruz Blanca EPS S.A. y otra

Procedencia : Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Medellín, A.

Radicación : 05001-31-03-017-2011-00496-01

Mg. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA (En descongestión)

Aprobada en sesión : 525 DE 22-10-2019

**TEMAS: RESPONSABILIDAD MÉDICA / CRITERIO DE CULPA PROBADA / OBLIGACIÓN DE MEDIO / CARGA PROBATORIA DEL DEMANDANTE / ERROR DE DIAGNÓSTICO / PRUEBA IDÓNEA: EL DICTAMEN MÉDICO.**

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…

Dadas esas características, la responsabilidad médica se configura, por lo general, en la esfera de la denominada subjetiva en el régimen de probada, criterio hoy (2018) vigente, aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como actividad peligrosa; sin embargo, a esta fecha es sólido que su título de imputación es la culpa probada… De allí, que corresponde al demandante demostrar todos los elementos axiológicos de la responsabilidad médica: (i) La conducta antijurídica, (ii) El daño, (iii) La culpabilidad (Culpa o dolo); y, (iv) La causalidad o nexo causal, salvo que sean obligaciones de resultado. (…)

Cuando el título de imputación es el de la culpa probada, no cabe duda que la carga probatoria gravita en cabeza del demandante, así lo ha señalado, en forma pacífica, el órgano de cierre de la especialidad.

A pesar de lo apuntado, esa misma Corporación desde 2001, empezó a acoger la tesis del CE de los años 1990 y 1992, incluso la misma CC, reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la “carga dinámica de la prueba”…

… indispensable señalar que el tema de prueba frente al “error de diagnóstico” debe girar en torno a si los médicos agotaron todos los medios de que disponían 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 esa manera, podrá ponderarse si la propedéutica fue la adecuada, y de no serlo el yerro ha de ser calificado como “inexcusable”, para imputar jurídicamente responsabilidad civil.

Además ha de recordarse que en materias médicas, aunque existe libertad probatoria, es insuficiente el sentido común o reglas de la experiencia, porque tratándose de un tema científico, el instrumento persuasivo que mejor se aviene es: “El dictamen médico de expertos médicos es indudablemente (…) 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. (…)”



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Pereira, R., veintidós (22) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

## El asunto por decidir

La alzada formulada, por la parte actora, contra la sentencia proferida el día 26-04-2013 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Descongestión de Medellín, dentro del proceso ya citado, previas las valoraciones jurídicas que pasarán a hacerse, a la luz del CPC, estatuto aplicable por haberse tramitado por escrito, integralmente, el asunto (Artículo 624, CGP).

## La síntesis de la demanda

* 1. Los supuestos fácticos relevantes. El señor Raúl Alberto Cortés Barreneche, afiliado a la EPS demandada, comenzó una serie de consultas médicas desde el mes de septiembre de 2008, momento en que se le diagnóstico “uritritis inespecífica” que fue tratada. Luego, a partir del 03-03-2009 y hasta el 15-07-2009, consultó en más de nueve veces por síntomas relacionados con dolor lumbar, que aumentaba de intensidad e irradiaba al hemiabdomen derecho, sin que fuera remitido a un especialista. Se le determinó “lumbago no especificado o dorsalgia no especificada”.

El 24-06-2009 asistió a especialista en urología, particular, quien inmediatamente le mandó un TAC de abdomen, que no le había sido ordenado por su EPS, pese a la persistencia del dolor y las múltiples consultas. De regresó a esa entidad se dispuso su práctica, pero ya el diagnóstico fue tardío, rápidamente falleció, lo cual afectó gravemente a sus padres y hermanos (Folios 2-16, cuaderno principal).

* 1. Las pretensiones. (i) Declarar responsables a las demandadas; (ii) Condenar al pago de perjuicios morales y la vida de relación; y, (iii) Condenar en costas a las demandadas, incluidas las agencias en derecho (*Sic*) (Folios 17-18, cuaderno principal).

1. La defensa de la parte pasiva
   1. *Corporación IPS Saludcoop.* Admitió algunos de los hechos, desconoció la mayoría y explicó. Se opuso a las pretensiones y excepcionó de mérito: (i) Inimputabilidad del pronóstico de la enfermedad base del paciente; (ii) Inexistencia de obligación de resultado, exigencia de obligación de medios en el acto médico y hospitalario; (iii) Cumplimiento de obligaciones contractuales y legales; (iv) Falta de relación de causalidad entre los perjuicios reclamados y los actos médicos que se le atribuyen; y, (v) Genérica (Folios 196-212, cuaderno principal).
   2. *Cruz Blanca EPS SA.* Dijo no constarle la mayoría de los hechos y otros los negó. Resistió las pretensiones y formuló como excepciones: (i) Inexistencia de causalidad médico legal; (ii) Discrecionalidad científica de la que no es responsable, los actos médicos fueron ejecutados por integrantes de la red; (iii) Cumplimiento de obligaciones contractuales y, (v) Genérica (Folios 213-226, ibídem).
2. La sinopsis de la sentencia apelada

En la resolutiva: (i) Desestimó las pretensiones; e, (ii) Impuso condena en costas a los demandantes.

Entendió que la responsabilidad reclamada era tanto contractual, como extracontractual, porque los actores formularon pretensiones por los perjuicios causados a ellos y también a, su hijo y hermano, Raúl A. Cortés B.; optó por decidirlas, separadamente, aunque con similar fundamento.

Explicó que examinado el material probatorio, no encontró prueba de actuar culposo del extremo pasivo; el medio más idóneo para su demostración es el pericial. Los testimonios, presentados por los demandantes, son relativos a los perjuicios causados y de la sola observación de la historia clínica, no surge la falta de diligencia que se imputó. En suma, estimó evidente un ayuno probatorio (Folios 325-334, ibídem).

1. El resumen de la alzada

Catalogó como un error garrafal, considerar que la única prueba para demostrar la responsabilidad médica (Error en el diagnóstico), sea la pericial, pues con ello se desechó el examen del material persuasivo presentado, en especial, la historia clínica aportada por el centro médico de la Universidad Pontificia Bolivariana y los testimonios médicos. Tampoco se valoraron los alegatos.

Cuestionó que se le atribuyera responsabilidad en la falta de práctica de la experticia, por el no pago de los honorarios, cuando esos gastos se asignaron al extremo pasivo y, si se estimaba tan necesaria su realización, bien pudo requerir a los actores para que los pagaran, pero eso no ocurrió. Insistió en las razones, vertidas en la demanda, que dan cuenta de las presuntas falencias en la atención al paciente (Folios 336-350, ibídem). En segunda instancia, argumentó desde la doctrina y la jurisprudencia del CE, porque en su criterio se dio una pérdida de oportunidad (Folios 13-15, cuaderno No.3).

1. la fundamentación jurídica para decidir
   1. La competencia en esta sede. Esta Sala tiene habilitación legal para desatar la alzada, conforme la asignación que se hiciera en cumplimiento del Acuerdo PCSJA19-11327 del CSJ, que adoptó unas medidas de descongestión y redistribución de procesos, civiles y de familia del sistema escritural, que se encontraban pendientes de fallo.
   2. Los presupuestos de validez y eficacia. La demanda es idónea y los sujetos procesales tienen aptitud jurídica suficiente para participar en el proceso. No hay causales invalidantes que afecten el procedimiento.
   3. Los presupuestos materiales. Este examen es oficioso, por manera que con independencia de lo alegado por las partes, corresponde siempre analizar su concurrencia, así lo entiende la CSJ[[1]](#footnote-1), en criterio que acoge sin reparos este Tribunal[[2]](#footnote-2). Cuestión diferente es el análisis de prosperidad de la súplica.

En orden metodológico, se impone definir primero el tipo de pretensión postulada en ejercicio del derecho de acción, para luego constatar quiénes están habilitados por el ordenamiento jurídico para elevar tal pedimento y quiénes están autorizados para resistirlo, es decir, esclarecida la súplica se determina la legitimación sustancial de los extremos procesales.

Al formularse la demanda no se especificó el tipo de responsabilidad, sin embargo, la juzgadora de primera instancia, en razonamiento que se comparte, lo entendió en ambas órbitas (Contractual y extracontractual), de forma acumulada. Esta figura es admitida en la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad (CSJ)[[3]](#footnote-3), en discernimiento ya acogido por esta Sala[[4]](#footnote-4). La legitimación en la causa, está cumplida para ambos extremos de la relación procesal, así pasará a explicarse.

En efecto, el señor Raúl A. Cortés B. (q.e.p.d.) fue atendido como afiliado a la EPS demandada (Contractual) y en tal calidad se reclama para la sucesión, pues se alega que se le causaron perjuicios, la pretensión es hereditaria (Iure hereditario). Esta relación jurídica fue aceptada por la EPS al contestar la demanda (Respuesta al hecho 2º, folio 213, ibídem); además, este tipo de negocios está excluido de solemnidad alguna.

Por su parte, los señores: (i) Mariela de Jesús Barreneche Amaya (Madre); (ii) Raúl de Jesús Cortés Ochoa (Padre); (iii) Maribel, Luis Fernando, Jader Wilson y Efrén de Jesús Cortés Barreneche; así como, (iv) Omaira de Jesús Barreneche (Hermanos); son ajenos a la mencionada relación negocial, su pretensión reparatoria es extracontractual o *aquiliana,* por ser “víctimas indirectas o de rebote”, y por esa calidad, es personal y no hereditaria[[5]](#footnote-5)-[[6]](#footnote-6). Obran para acreditar tales condiciones los respectivos registros civiles (Folios 47-54, ib.).

En lo atinente a la legitimación por pasiva, se tiene que a la Corporación IPS Saludcoop y a Cruz Blanca EPS SA, son a quienes la parte demandante, les imputa el daño (Artículos 2341 y 2344, CC), por haber participado en su causación, prestaron servicios médicos al paciente, se aplica la teoría de la “*coautoría en la producción del perjuicio*”[[7]](#footnote-7). Esta aseveración tiene fundamento normativo en el sistema de seguridad social en salud (Ley 100, artículos 177 y 178-6º), como lo reconoce la jurisprudencia de la CSJ[[8]](#footnote-8)-[[9]](#footnote-9); y ello por cuanto, están llamadas a prestar a los usuarios, a través de sus agentes, los servicios que requieran con arreglo a los principios que rigen ese régimen.

* 1. El problema jurídico a resolver. ¿Se debe revocar la sentencia desestimatoria, según el razonamiento de la apelación de la parte demandante?
  2. La resolución del problema jurídico

Concretados 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 puntos censurados, según enseña la doctrina de la CSJ[[10]](#footnote-10).

* + 1. La responsabilidad médica y sus particularidades

Previo a revisar los reproches formulados, es necesario destacar que la responsabilidad civil médica es aquella que puede generarse con ocasión de la aplicación de esa ciencia, dados los efectos que tiene en la vida, la integridad física o emocional y la salud de las personas. El profesor Santos B.[[11]](#footnote-11) 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[[12]](#footnote-12), criterio hoy (2018) vigente[[13]](#footnote-13), aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como *actividad peligrosa*[[14]](#footnote-14); sin embargo, a esta fecha es sólido que su título de imputación es la culpa probada[[15]](#footnote-15), según el precedente constante de la CSJ[[16]](#footnote-16) y la doctrina mayoritaria[[17]](#footnote-17)-[[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: (i) La conducta antijurídica, (ii) El daño, (iii) La culpabilidad (Culpa o dolo); y, (iv) La causalidad o nexo causal [[19]](#footnote-19), salvo que sean obligaciones de resultado[[20]](#footnote-20).

* + 1. La carga probatoria

En la responsabilidad sanitaria la regla general es que las obligaciones debidas por los médicos en su ejercicio, son de medio[[21]](#footnote-21)-[[22]](#footnote-22) y de manera excepcional de resultado[[23]](#footnote-23)-[[24]](#footnote-24), entre otras las cirugías estéticas reconstructivas, el diligenciamiento de la historia clínica y la obtención del consentimiento[[25]](#footnote-25), la elaboración de prótesis, el secreto profesional[[26]](#footnote-26); distinción reiterada en recientes (2017 y 2018)[[27]](#footnote-27) decisiones. Así que 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[[28]](#footnote-28), ha sostenido que en las primeras obligaciones citadas hay implícito un mayor esfuerzo demostrativo para el reclamante[[29]](#footnote-29).

Cuando el título de imputación es el de la culpa probada, no cabe duda que la carga probatoria gravita en cabeza del demandante, así lo ha señalado, en forma pacífica, el órgano de cierre de la especialidad[[30]](#footnote-30), que de antaño[[31]](#footnote-31) tiene fijado:

… 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, esa misma Corporación desde 2001[[32]](#footnote-32), empezó a acoger la tesis del CE de los años 1990[[33]](#footnote-33) y 1992[[34]](#footnote-34), incluso la misma CC[[35]](#footnote-35), reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la “*carga dinámica de la prueba*”[[36]](#footnote-36) (Hoy con reconocimiento normativo expreso en el artículo 167, CGP) y “*dependiendo de las circunstancias del asunto*”, el juzgador atribuirá el deber de acreditación sobre determinado hecho, teniendo[[37]](#footnote-37): *“(…) 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, por primera vez, la doctrina anotada.

En el área de la responsabilidad médica, la posición se conserva en estos días[[38]](#footnote-38), pero precisando que *“(…) lo que se presenta dentro del proceso es que la prueba se hace necesaria para la decisión (principio de la necesidad de la prueba) lo que conlleva al deber de aportación de las pruebas que cada parte está en la posibilidad de aportar, lo cual calificará el juez en su momento (…)”[[39]](#footnote-39)*. En todo caso se destaca, que para la resolución de este litigio en particular, no se aplicó la referida teoría, como bien se advierte en el auto de decreto de pruebas (Providencia fechada 28-06-2012, folios 259-260, ib.).

* + 1. El caso concreto objeto de análisis

De cara a lo reprochado por la parte actora, 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[[40]](#footnote-40); 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[[41]](#footnote-41), para tal propósito el galeno 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 enfermo 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[[42]](#footnote-42).

Planteado lo anterior, indispensable señalar que el tema de prueba[[43]](#footnote-43) frente al “*error de diagnóstico*” debe girar en torno a si los médicos agotaron todos los medios de que disponían 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 esa manera, podrá ponderarse si la propedéutica fue la adecuada, y de no serlo el yerro ha de ser calificado como “*inexcusable*”, para imputar jurídicamente responsabilidad civil.

Además ha de recordarse que en materias médicas, aunque existe libertad probatoria, es insuficiente el sentido común o reglas de la experiencia, porque tratándose de un tema científico, el instrumento persuasivo que mejor se aviene es: “*El dictamen médico de expertos médicos es indudablemente (…) 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. (…)”*[[44]](#footnote-44); sin embargo, el juez habrá de acudir también a los documentos o testimonios técnicos, para esclarecer la cuestión sometida a su escrutinio, según el artículo 177, CPC, sobre apreciación conjunta de las pruebas. Sin tener parámetros de comparación, ante la ausencia de probanzas de ese talante, es poco plausible atribuir un inadecuado diagnóstico, que por supuesto patentiza una deficiente atención.

En esas condiciones, reluce evidente, que la culpabilidad por un error en el diagnóstico, no es un elemento que pueda darse por probado con meras afirmaciones, como las contenidas en las alegaciones, cuya falta de valoración se reprochó.

Es indudable que para asentar tal calificativo, era menester contar con un parámetro científico sobre la *lex artis,* indicativo de cómo debió hacerse ese diagnóstico. Sin duda, se contraviene la sistemática de la responsabilidad profesional que la apreciación común o desprevenida de lo que puede ser una “desacertada definición de una enfermedad”, dé pábulo a las severas consecuencias de la responsabilidad patrimonial; que estas valoraciones se hagan con prescindencia de la profesionalidad de la medicina, resulta al menos, impropio. ¿Cuál fue el protocolo que se desatendió en el servicio médico asistencial?.

Ahora, insistió la parte actora que aquí se presentó una pérdida de oportunidad, dado que ese error, implicó un tratamiento inadecuado o inoportuno; no obstante, esa figura constituye por sí sola un daño indemnizable autónomo, tal como reconoce la doctrina judicial de la CSJ[[45]](#footnote-45) y el CE[[46]](#footnote-46) y un sector de la doctrina[[47]](#footnote-47)-[[48]](#footnote-48)-[[49]](#footnote-49)-[[50]](#footnote-50) (Posición de la que disiente el tratadista Rojas Quiñonez[[51]](#footnote-51)), y como tal debe ser pedido, lo que en este caso no ocurrió. Brilla por su ausencia tal pretensión (Folios 17-18, cuaderno principal).

De otro lado, examinados los medios probatorios acopiados, estima esta Sala, tal como lo concluyera la primera instancia, son insuficientes para demostrar el error de conducta imputado; la gestión probatoria de la parte actora, reluce harto precaria, se limitó a aseverar que se había presentado un desacertado diagnóstico, que se tradujo en una pérdida de oportunidad, pero no acercó pruebas técnicas, tampoco de otro talante, que respaldaran sus afirmaciones, tal como pasará a detallarse.

Indicó la recurrente que en la historia clínica (Folios 63-161, cuaderno principal, así como a folios 17-20, cuaderno No.2), en especial en la aportada por el centro médico de la Universidad Pontificia Bolivariana; se advierte la responsabilidad de las demandadas, pero lo cierto es que de la lectura de ese medio de prueba, no surge que las actuaciones del personal médico sean anómalas, como de tiempo atrás lo señaló, la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad (CSJ)[[52]](#footnote-52), y recientemente (2018)[[53]](#footnote-53), lo recordó al indicar “(…) *la historia clínica, en sí misma,* *no revela los errores médicos imputados (…)”,* pues reitera, “(…) *Tratándose de asuntos médicos, cuyos conocimientos son especializados, se requiere esencialmente que las pruebas de esa modalidad demuestren la mala praxis”.* Es más, en este último proveído, con precisión se afirma:

Las historias clínicas y las fórmulas médicas, por lo tanto, en línea de principio, por sí, se insiste, no serían bastantes para dejar sentado con certeza los elementos de la responsabilidad de que se trata, porque sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpretara, andaría el juez a tientas en orden a determinar, según se explicó en el mismo antecedente inmediatamente citado, “*(…) si lo que se estaba haciendo en la clínica era o no un tratamiento adecuado y pertinente según las reglas del arte (…)*”.

Además debe recordarse que en ese documento se registran cronológicamente los servicios brindados al paciente (Resolución 1995 del 08-07-99, artículo 1º, literal a)) y, en ese entendido, solo constituiría un indicio de responsabilidad, si le faltase claridad, orden, o fuese incompleta, alterada o con enmendaduras, según ha reiterado últimamente (2018) la jurisprudencia de esa Alta Corporación[[54]](#footnote-54)-[[55]](#footnote-55). Las referidas falencias en modo alguno fueron enrostradas por la disconforme.

De otra parte, afirmó la impugnante, que la responsabilidad atribuida, estaba probada con los testimonios de los médicos Xiomara Patricia Grau Bejarano (Folios 10-12, cuaderno No.2) y Juan David Aristizábal Echeverry (Folios 13-15, cuaderno No.2), quienes en efecto, deben calificarse como testigos técnicos, por haber dispensado atenciones al paciente, según la ilustración académica que puede consultarse en las obras de los profesores Devis E.[[56]](#footnote-56), Serrano E.[[57]](#footnote-57), Bermúdez M.[[58]](#footnote-58) o Rojas G.[[59]](#footnote-59), referida en extenso en decisiones precedentes de esta misma Sala (2016-2017 y 2018)[[60]](#footnote-60) y en la jurisprudencia de la CSJ (2017[[61]](#footnote-61)).

Al respecto, es menester acotar, que la citación que se hizo de esas atestaciones (Folios 347-348, cuaderno principal) es desafortunada; puesto que no corresponde a una transcripción literal, se mencionan expresiones utilizadas por esos profesionales, pero descontextualizadas, son afirmaciones nunca hechas. Algunas de esas inconsistencias se detallan enseguida.

Respecto a la declaración de la doctora Grau B., dio a entender que al ser un paciente reconsultante, con los mismos síntomas, debía remitirse a consulta externa para continuar el manejo; pero aquella, al ponérsele de presente la historia clínica, relató que no había motivo de concurrencia, las atenciones eran por signos disímiles:

… para que nos diga cuál fue el motivo de consulta del señor Raúl Alberto Cortes Barreneche el día 3 de marzo de 2009? CONTESTO. Textual el motivo de consulta del paciente es que lleva hace 15 días presentando dolor lumbar que se exacerba en cualquier momento y refiere que en ocasiones se irradia a región abdominal derecha y se le calma con acetaminofén. (…) PREGUNTA 3. Cuál fue el motivo de consulta del paciente para el día 25 de marzo de acuerdo con la historia clínica, a folios 71. CONTESTO. Paciente que refiere lesión en el pene de varios días (7) de evolución que son pruriginosos sin secreción uretral, refiere relación sexual con protección sin más síntomas. (…) PREGUNTA 8. Qué relación en la patología puede existir entre el motivo de consulta y cuadro clínico presentado por el paciente el día 3 de marzo de 2009 y presentado el 25 del mismo mes y año. CONTESTO. No, ninguna. PREGUNTA 9. En la consulta del 25 de marzo de 2009 hubo referencia al dolor lumbar motivo de previa consulta? CONTESTO. No. (Folio 11, frente y vuelto, ib.).

También, pareciera que la médica aseguró que no hubo remisión a urología, empero, la pregunta que antecedió a esa expresión, fue por lo ordenado en esa fecha, así se lee: *“(…) PREGUNTA 2. De acuerdo a la historia clínica número 97856277 de fecha 24 de junio de 2009, de la IPS Centro médico familiar San Diego de Medellín, se observa que al paciente Raúl Alberto Cortes Barreneche se le ordena TAC Contrastado de Abdomen?. CONTESTO. No se ordena cita con urología (…)”*  (Folio 11, vuelto, ib.)*.* Y como puede verse lo dicho, es inverso a lo citado por la recurrente, pues fue remitido a ese especialista.

Por su parte, respecto de la deponencia del doctor Aristizábal E., se hizo decir que al enfermo no se le habían practicado paraclínicos, pero este lo que dijo era que con la historia clínica, puesta de presente, no podría responder ese interrogante. Obsérvese:

PREGUNTADO. Dígale al despacho si dentro de la historia clínica de los folios ya descritos reposa que al paciente Raúl Alberto se le ordenaron exámenes de laboratorio. CONTESTO. El formato de historia clínica no muestra directamente los paraclínicos ordenados a no ser que usted los busque en el sistema en cada uno de los ingresos, por lo tanto no puedo contestar ni afirmativa ni negativamente esa pregunta. Eso está en el sistema, lo mismo que los antecedentes del paciente. Hay forma que en el sistema le arroje eso, no en las impresiones que hay en el expediente (Folio 14, vuelto, ib.). (Resaltado fuera de texto).

Ahora, contrario a lo afirmado en la alzada, relativo a lo que es tema de prueba, advierte esta Sala, que ambos médicos son consistentes en señalar que lo presentado por el paciente eran sintomatologías no absolutamente coincidentes y por eso los diagnósticos eran diversos. A manera de ejemplo, la doctora Grau B. dio dos posibilidades diagnósticas, inicialmente dijo que podría ser *“lumbalgia, infección urinaria, o un cólico nefrítico”*, y más adelante señaló que *“uretitris o una balanopostitis”* (Folio 11, frente, ib.). Mientras que el doctor Aristizábal E. empezó por indicar que el motivo de consulta inicial fue una lumbalgia mecánica que podía estar relacionada con un esfuerzo en el trabajo (Folio 13, vuelto, ib.), pero más adelante, cuando él lo atendió, ya contaba con ecografía que mostraba anormalidad renal, por lo que lo remitió a urología.

Así las cosas, ante la sintomatología variable que presentaba el paciente, en las diferentes atenciones, no puede atribuirse un actuar culposo del personal médico, así lo entiende la CSJ[[62]](#footnote-62) al razonar: “*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 áleas de la medicina no comprometen su responsabilidad.”*.

Corolario de lo expuesto, en forma alguna el análisis de esas pruebas, tal como reclama la impugnante, acredita errores de conducta por parte del personal médico, quedó sin probarse la culpabilidad y ello es suficiente para desestimar las pretensiones; se itera, fue precaria su gestión probatoria y los testimonios que aportó, de manera general, son relativos a los perjuicios morales y a la vida de relación, por lo que resultan ser medios probatorios impertinentes, para valorar la culpa médica alegada.

Finalmente, es cierto que se le achacó un desinterés, a la parte actora, en la falta de acopio de la experticia, cuestión que en principio pareciera no tener fundamento, porque la prueba al decretarse se dijo correspondía a la común peticionada por ambos integrantes del extremo pasivo (Folio 260, incisos finales); sin embargo, como bien se sabe, “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”* (Artículo 177, CGP),y si como ya se dijera, de antaño, ha sido criterio de la doctrina judicial de la CSJ[[63]](#footnote-63), que el dictamen médico es indudablemente la prueba que mayor convicción ofrece, bien pudo el extremo activo contribuir en el pago de esos honorarios, pues quien más interesado en acreditar la responsabilidad que alegaba. Aunado a ello, nótese que esa parte, desde la demanda, había pedido ese medio probatorio, empero, sin justificación no fue decretado y ante ello ningún recurso se formuló. Luce evidente su apatía en el recaudo probatorio.

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, CGP, las agencias en esta instancia se fijarán en auto posterior, conforme a las reglas transición (Artículo 625-c), CGP). Se hará en auto y no en la sentencia misma, porque esa expresa novedad, introducida por la Ley 1395 de 2010, desapareció 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A

1. CONFIRMAR el fallo proferido el día 26-04-2013 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Descongestión de Medellín, A.
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 segundo grado, se hará en auto posterior.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

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

1. CSJ. SC1182-2016, reiterada en la SC16669-2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. TSP, Civil-Familia. Sentencias del: (i) 01-09-2017; MP: Grisales H., No.2012-00283-02; (ii) 06-11-2014; MP: Arcila R., No.2012-00011-01; y, (iii) 19-12-2014; MP: Saraza N., No.2010-00059-02. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ, Civil. Sentencias de (i) 17-11-2011, MP: Namén V.; No.1999-00533-01; (ii) 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778-01; y; (iii) 30-01-2001, MP: Ramírez G.; No.5507, entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. TSP, Civil-Familia. Sentencias del: (i) 14-06-2019, No.2013-00101-01; (ii) 24-10-2018, No.2015-00632-01; (iii) 30-07-2018, No.2016-00149-01; y, (iv) 27-09-2017, No.2012-00292-01 MP: Grisales H. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, MP: Namén V.; No.1999-00533-01. [↑](#footnote-ref-5)
6. TAMAYO J., Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo I, 2ª edición, Legis, Bogotá DC, 2007, p.126. [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, ob. cit. [↑](#footnote-ref-8)
9. CSJ. SC8219-2016 y SC9193-2017. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ, Civil. Sentencia del 08-09-2009, MP: Villamil P.; No.2001-00585-01. [↑](#footnote-ref-10)
11. SANTOS B., Jorge. Ob. cit.p.95. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ. SC-003-2018. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ, Civil. Sentencias de: (i) 14-03-1942, GJ, tomo XIII, p.937; y, (ii) 14-10-1959, MP: Morales M. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ. SC2506-2016 y SC003-2018. [↑](#footnote-ref-15)
16. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, Ob. cit. [↑](#footnote-ref-16)
17. JARAMILLO J., Carlos I. Responsabilidad civil médica, relación médico paciente, 2ª edición, editorial Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, Bogotá DC, 2011, p.142. [↑](#footnote-ref-17)
18. BARONA B., Ricardo. Responsabilidad médica y hospitalaria, Leyer, 2016, Bogotá DC, p. 324. [↑](#footnote-ref-18)
19. CSJ. SC003-2018. [↑](#footnote-ref-19)
20. CSJ. SC2804-2019. [↑](#footnote-ref-20)
21. PARRA G., Mario F. Responsabilidad civil, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, Bogotá DC, p.285. [↑](#footnote-ref-21)
22. CSJ. Civil. Sentencia del 05-11-2013, MP: Solarte R., No.2005-00025-01 y SC8219-2016. [↑](#footnote-ref-22)
23. CSJ. SC2804-2019. [↑](#footnote-ref-23)
24. YEPES R., Sergio. La responsabilidad civil médica, Biblioteca jurídica Diké, edición 9ª, 2016, Medellín, p.97. [↑](#footnote-ref-24)
25. CSJ. SC2506-2016. [↑](#footnote-ref-25)
26. YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.99. [↑](#footnote-ref-26)
27. CSJ. SC003-2018 y SC7110-2017. [↑](#footnote-ref-27)
28. 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-28)
29. CSJ. SC15746-2014. [↑](#footnote-ref-29)
30. CSJ. SC003-2018. [↑](#footnote-ref-30)
31. CSJ, Civil. Sentencia del 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778-01. [↑](#footnote-ref-31)
32. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-32)
33. CE, Sección Tercera. Sentencia del 24-10-1990, CP: De Greiff R., No.5902. [↑](#footnote-ref-33)
34. CE, Sección Tercera. Sentencia del 30-07-1992, CP: Suárez H., No.6897. [↑](#footnote-ref-34)
35. CC. T-006 de 1992. [↑](#footnote-ref-35)
36. CSJ. SC15746-2014. [↑](#footnote-ref-36)
37. CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit. [↑](#footnote-ref-37)
38. CSJ. SC8219-2016, SC21828-2017 y SC003-2018. [↑](#footnote-ref-38)
39. CSJ. SC21828-2017. [↑](#footnote-ref-39)
40. JARAMILLO J., Carlos I. Ob. cit., p.73. [↑](#footnote-ref-40)
41. YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.124. [↑](#footnote-ref-41)
42. DUQUE O, Alberto L. Tema de la prueba en la responsabilidad médica, editorial Universidad CES y Diké, Medellín, A., 2014, p.159. [↑](#footnote-ref-42)
43. DUQUE O., Ob. cit., p.169. [↑](#footnote-ref-43)
44. 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-44)
45. CSJ, Civil. Sentencia de 24-06-2008, No.2000-01141, reiterado en fallo del 01-11-2013, No.1994 (26630). [↑](#footnote-ref-45)
46. CE. Entre otras sentencias de 26-01-2012, No.1998-01005, CP: Andrade R. y 25-08-2011, No.1997-03994, CP: Fajardo G. [↑](#footnote-ref-46)
47. VELÁSQUEZ P. Obdulio. Responsabilidad civil extracontractual, 2 ª edición, Temis SA, Bogotá DC., 2013, p.272. [↑](#footnote-ref-47)
48. LAVERDE C., Karen L. De la irresponsabilidad médica a su total dinamismo, Ibañez, Bogotá DC., 2019, p.87 y ss. [↑](#footnote-ref-48)
49. PLATA P. Luis C. La pérdida de oportunidad en el derecho de daños. Grupo editorial Ibañez, Bogotá DC., 2019, p.24. [↑](#footnote-ref-49)
50. GIRALDO G. Luis F. La pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil, su aplicación en el campo de la responsabilidad médica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC., 2011, p.200. [↑](#footnote-ref-50)
51. ROJAS Q., Sergio. El daño a la persona y su reparación, sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles, Grupo editorial Ibañez, 2015, p.170 y ss. [↑](#footnote-ref-51)
52. CSJ. SC15746-2014. [↑](#footnote-ref-52)
53. CSJ. SC003-2018. [↑](#footnote-ref-53)
54. CSJ. SC5641-2018. [↑](#footnote-ref-54)
55. CSJ. SC21828-2017 y SC2506-2016. [↑](#footnote-ref-55)
56. DEVIS E., Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo segundo, 5ª edición, Bogotá DC, Temis, 2006, p.65. [↑](#footnote-ref-56)
57. 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-57)
58. BERMÚDEZ M., Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte, 2ª edición, Bogotá DC, Legis SA, 2016, p.110. [↑](#footnote-ref-58)
59. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo III, pruebas civiles, ESAJU, Bogotá DC, 2015, p.364. [↑](#footnote-ref-59)
60. Entre otras las sentencias de: (i) 23-08-2018, No.2012-00291-01; (ii) 14-06-2017, No.2012-00262-01; (iii) 07-04-2017, No.2012-00275-01 y (iv) 01-11-2016, No.2012-00290-01. [↑](#footnote-ref-60)
61. CSJ. SC9193-2017. [↑](#footnote-ref-61)
62. CSJ, Civil. Sentencia del 26-11-2010, MP: Munar C., No.1999-08667-01. [↑](#footnote-ref-62)
63. 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-63)