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.

**TEMAS: RESPONSABILIDAD MÉDICA / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS EPS Y DEMÁS AGENTES PRESTADORES DE SALUD / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL Y A LA VIDA DE RELACIÓN / DEPENDE DE LA INTENSIDAD DEL DAÑO / SIN MÁXIMOS NI MÍNIMOS.**

… la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.

Es evidente, entonces que, no ofrece duda la responsabilidad solidaria entre las EPS, IPS y personal médico, respecto de las fallas en la prestación del servicio médico de los afiliados a las primeras de ellas. (…)

Respecto de la indemnización, tanto de los perjuicios morales como del daño a la vida de relación, recientemente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia recordó el deber de aplicar la equidad, que no equivale a arbitrariedad ni permite valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas, y señaló:

“Con otras palabras, cabe señalar, en apretada síntesis, que la fijación del quantum de la respectiva indemnización depende de la intensidad de dolor sufrido por la víctima, en el caso del daño puramente moral, o por la magnitud de la afectación que ella experimenta en sus relaciones interpersonales y/o en su vida cotidiana, en el caso de la segunda clase de perjuicio de que aquí se trata.

Se desprende de lo expuesto, que en tratándose de esa clase de perjuicios, moral y de vida de relación, no existen máximos o mínimos, ni baremos preestablecidos…”

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

**Magistrado Ponente: Edder Yimmy Sánchez Calambás**

Proceso: RESPONSABILIDAD MÉDICA

Expediente: 66001-31-03-001-2012-00248-01

Demandantes: 1. ANA BEIBA OSPINA CORRALES

 2. FREDY ALBERTO BARRAGÁN TORO

 Representantes de FREDY ALBERTO BARRAGAN OSPINA

 3. DIANA MARCELA GARCÍA OSPINA

 4. MARTHA LUCELY OSPINA

 5. ANA BEIBA CORRALES DE OSPINA

 6. MARÍA CONSUELO TORO DE MONTOYA

Apoderado: MARIO DÍAZ CANO

APELANTE

Demandada: 1. EPS SALUDCOOP

Apoderado: ÓSCAR DAVID CONTRERAS PERDOMO

 2. CLÍNICA RISARALDA S.A.

Apoderado: AUGUSTO CASTAÑO MEJÍA

 3. GUSTAVO ADOLFO MARÍN SILVA

Apoderado: EDUARDO FRANCO DELGADILLO

Llamada en G.: SURAMERICANA S.A. CÍA DE SEGUROS

Apoderado: HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE

**AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN Y FALLO**

**FECHA: JUEVES 7 DE FEBRERO – 2:00 DE LA TARDE**

**SENTENCIA**

Sustentados los reparos dentro de la apelación propuesta por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, el día 2 de noviembre de 2017 en el proceso ya anunciado, se profiere la siguiente sentencia, que está precedida de las siguientes.

**CONSIDERACIONES**

**1.** Inicialmente ha de decirse que están reunidos los presupuestos procesales y no hay motivo de nulidad que imponga invalidar lo actuado. Y en cuanto a la legitimación en la causa, este presupuesto de la pretensión en el caso examinado no acusa ninguna deficiencia.

**2.** Como se recordará, en el caso bajo estudio, se narra en la demanda que la señora **ANA BEIBA OSPINA CORRALES**, en su condición de beneficiaria de la **EPS SAUDCOOP**, acudió el 17 de marzo de 2006 a la **IPS SALUDCOOP PEREIRA** por presentar dolor de cabeza y cara y dolor en la espalda; al examen físico el médico general, **DIEGO ALEXANDER MORA PULIDO**,observó hiperqueratosis en región lateral del quinto dedo del pie izquierdo y recomendó pequeña cirugía para resección de la lesión.

El 28 de marzo, con ocasión de la remisión, la paciente es atendida por el médico general **DIEGO S. ALVEAR P.**, quien encontró una hiperqueratosis dolorosa a nivel del artejo del pie izquierdo secundaria a exostosis del quinto metatarsiano del pie izquierdo.

El 31 de marzo en consulta nuevamente con el doctor **DIEGO ALEXANDER MORA PULIDO** le diagnostica lo mismo y sugiere valoración por ortopedista.

El 24 de abril es valorada por ortopedia, doctor **GUSTAVO ADOLFO MARÍN SILVA**, quien diagnostica callos y callosidades, recomienda rayos X dorso plantar y lateral de pies comparativos y valorar por cirugía.

El 2 de mayo es nuevamente valorada por el mismo ortopedista; la paciente no presentó estudios complementarios de rayos X; el diagnóstico fue **HALLUX VALGUS BILATERAL**, recomienda tratamiento quirúrgico. Osteotomía de huesos pie.

Aducen los actores en la demanda que el ortopedista cambió sin dar explicación el “motivo de la consulta” en tan solo ocho días, contrariando la referencia y contrareferencia y sin contar con las ayudas diagnósticas de rayos X.

El 25 de junio de 2006, en la Clínica Risaralda, la paciente es intervenida quirúrgicamente, le practicaron **OSTEOTOMÍA PROXIMAL Y DISTAL DEL PRIMER DEDO PIE IZQUIERDO.** La cirugía es conocida como **“CORRECCCION DE JUANTE”.** Sin embargo, se afirma por los actores que la paciente nunca ha tenido juanetes. Hay exámenes que demuestran que la enfermedad por la cual fue operada no existió.

El 17 de noviembre se le practicó una segunda cirugía para corrección de valgus, se le colocó una varilla de **STEIMAN**.

Luego una tercera cirugía para colocarle seis tornillos para solucionar daños causados en las anteriores cirugías, fue el 4 de mayo de 2007.

Más adelante otro ortopedista le practicó cirugía para retiro de clavos.

Por lo anterior, la señora **ANA BEIBA** ha quedado impedida para trabajar, no ha podido continuar con la vida normal, el disfrute de la vida se ha desmejorado notoriamente, se afectó su desplazamiento, con compromiso de otras partes del cuerpo.

La primera cirugía generó daños, no solo a la paciente, sino a su esposo y a sus hijos; era innecesaria; según estudios radiológicos las enfermedades diagnosticadas nunca existieron.

Se reclama para todos los actores indemnización de perjuicios morales; además, para **ANA BEIBA OSPINA**, indemnización por daños materiales (lucro cesante) y también por perjuicios a la vida de relación, al igual que para su compañero permanente.

**3.** La funcionaria judicial de primer nivel negó los pedimentos de la demanda. Una vez valorada las pruebas así razonó:

*“En este caso, no existe una sola prueba directa o indirecta en contra de la parte demandada que pueda determinar que la paciente padeció sus dolencias por una inadecuada prestación del servicio, el diagnóstico de hallux valgus se da especialmente por la idoneidad, por la especialidad ostentada por el médico Marín Silva, con el fin de contrarrestar la hiperqueratosis encontrada en el quinto dedo del pie izquierdo. El hecho que existan complicaciones luego de la cirugía efectuada, no quiere decir que el médico no prestó una atención oportuna, eficiente y pertinente, pues tales complicaciones no se relacionan directamente por la impericia o negligencia del médico tratante y, el mero dicho de los demandantes no es prueba que lo acredite, no existe entonces una relación de causalidad entre la atención prestada a la paciente y el daño reclamado.”*

**4.** Los reparos del asesor judicial de la parte actora, que hemos escuchado, están referidos, puntualmente, a las supuestas equivocaciones en que incurrió la a quo, al abordar lo relativo a la valoración de algunos elementos de convicción y otros que omitió sopesar. El análisis de la Sala se circunscribirá específicamente a ellos, en acatamiento del artículo 328 del Código General del Proceso. Más adelante esta Sala se pronunciará al respecto.

**5.** En este punto, y antes de proceder al análisis de los reparos, considera importante la Sala, traer a colación lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 17 de noviembre de 2011, Exp. 11001-3103-018-1999-00533-01, siendo M.P. el doctor William Namén Vargas, en cuanto a la responsabilidad de las EPS e IPS. Dijo lo siguiente:

***“… las Entidades Promotoras de Salud (EPS), son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios integrantes del POS, orientado a obtener el mejor estado de salud de los afiliados, para lo cual, entre otras obligaciones, han de establecer procedimientos garantizadores de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (art. 2º, Decreto 1485 de 1994).***

***Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.”***

**6.** Es evidente, entonces que, no ofrece duda la responsabilidad solidaria entre las **EPS**, **IPS** y personal médico, respecto de las fallas en la prestación del servicio médico de los afiliados a las primeras de ellas.

**7.** Ahora, suficientemente es conocido que en la responsabilidad médica campean los mismos elementos de toda acción resarcitoria y, por supuesto, cuando se ha infligido daño a una persona, surge el deber de indemnizar. Los agentes de la salud o establecimientos hospitalarios no están exentos de ser llamados a responsabilizarse del detrimento generado. Es decir que, cuando en desarrollo de actividades vinculadas a la salud, ya sea por negligencia o impericia, se les afecta negativamente a los usuarios, surge el compromiso del agente dañino de enmendar el daño ocasionado, siempre y cuando se acrediten los restantes elementos de la responsabilidad.

En la sentencia SC12947-2016, reiteró la Corte Suprema de Justicia que,

***“…los presupuestos de la responsabilidad civil del médico no son extraños al régimen general de la responsabilidad (un comportamiento activo o pasivo, violación del deber de asistencia y cuidado propios de la profesión, que el obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al profesional, a título de dolo o culpa, el daño patrimonial o extrapatrimonial y la relación de causalidad adecuada entre el daño sufrido y el comportamiento médico primeramente señalado)”.***

**8.** De otro lado, está claro que la responsabilidad médica descansa en el principio general de la culpa probada, como se advierte de la lectura de sentencias recientes de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, como las SC2506-2016 y SC003-2018, salvo cuando en virtud de las estipulaciones especiales de las partes, se asumen obligaciones de resultado, mucho más, cuando en el ordenamiento patrio, el artículo 104 de la Ley 1438 de 2011, ubica la relación obligatoria médico-paciente como de medios.

La conceptualización es de capital importancia con miras a atribuir las cargas probatorias de los supuestos de hecho controvertidos y establecer las consecuencias de su incumplimiento. Así, tratándose de obligaciones de medio, es al demandante a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia del médico, mientras que en las de resultado, ese elemento subjetivo se presume.

**9.** Vistos los anteriores comentarios y conforme a los reparos concretos, considera esta Sala que el análisis debe iniciar por resolver un primer tópico, y es el atinente a determinar si a la paciente **ANA BEIBA OSPINA CORRALES** le fue practicada una cirugía innecesaria, como lo aseguran los actores. Para ello es preciso que esta Colegiatura fije la vista en la historia clínica de la paciente, con el fin de verificar el itinerario recorrido en la Clínica Pereira de Saludcoop y la respuesta dada por los galenos de dicha entidad a sus dolencias.

**9.1.** El 17 de marzo de 2006 la señora **ANA BEIBA** consulta por *“dolor de cabeza y en la cara dolor en la espalda”*. Fue atendida por el Médico General Diego Alexander Mora Pulido. Al examen físico, en cuanto a la piel y faneras anotó: *“se observa hiperqueratosis en región lateral del quinto dedo del pie izquierdo dolorosa a la palpación sin cambios inflamatorios”*. Diagnóstico: *“callos y callosidades”* y “da orden de pequeña cirugía para resección de lesión en pie.” (fl. 44)

El 28 de marzo de 2006 la citada paciente es atendida por el Médico General Diego S. Alvear P., quien deja anotado que presenta: *“hiperqueratosis dolorosa 5º artejo pie izquierdo SECUNDARIA a exostosis del 5º Metatarsiano izquierdo se sugiere valorar por ortopedia”*. (fl. 45)

El 31 de marzo de 2006 vuelve y consulta con el doctor Diego Alexander Mora Pulido: *“mucho dolor en el dedo y sigo con dolor de cabeza”*. Al examen físico, el galeno dejó anotado: *“se observa hiperqueratosis dolorosa en quinto sobre exostosis de quinto metatarsiano de pie izquierdo sin signos de infección”*. Diagnóstico: *“callos y callosidades”*. (fl. 46)

El 24 de abril de 2006, es atendida por el médico Gustavo Adolfo Marín Silva, especialista en ortopedia; presenta en esa ocasión: *“LESION EN DEDO 5 DE PIE IZQUIERDA”*. Diagnóstico: *“callos y callosidades”*. Ordena RX de miembros inferiores Test de Farril u Osteometría o estudio de pie plano (pies con apoyo). Requiere RX y valorar por cirugía. (fl. 48)

En consulta del 2 de mayo de 2006 es atendida nuevamente la señora **ANA BEIBA** por el mismo ortopedista, doctor Gustavo Adolfo Marín Silva, quien le diagnostica: *“HALLUX VALGUS BILATERAL”*. (fl 50)

Se explicó en el proceso que el **HALLUX VALGUS** o juanete, es una enfermedad propia del primer dedo del pie.

El 25 de junio de 2006, el doctor **GUSTAVO ADOLFO MARÍN SILVA**, le practica a la señora **ANA BEIBA** una cirugía de corrección de hallux valgus con osteotomía proximal y distal del pie izquierdo (fls. 52 a 56); como se verá más adelante, el proceso de recuperación posterior a la cirugía fue muy traumático para la paciente.

**9.2.** El apoderado judicial del médico demandado Dr. **GUSTAVO ADOLFO MARÍN SILVA**, solicitó la práctica de una prueba pericial, con el fin de que se diera respuesta a 26 interrogantes que planteó al contestar la demanda (folios 282 y 283); fue ordenado en el auto de decreto de pruebas (folios 395 del expediente). Rindió el dictamen el profesional de la medicina **VÍCTOR MANUEL CASTAÑO CÁRDENAS**, quien suscribe el informe como Especialista en Ortopedia y Traumatología, Profesor de la facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad Tecnológica de Pereira (folios 439 al 442 del expediente). Fue aclarado posteriormente en cuanto a las respuestas de las preguntas 3, 4, 17 y 22. (folios 515 al 519) y más adelante en relación con la pregunta 22 (folio 549).

El dictamen fue objetado en lo atinente a la respuesta de la pregunta 22, dado que el médico perito responde que la operación de juanete fue exitosa, cuando no tiene radiografías anteriores a la cirugía para establecer el comparativo.

Con el fin de resolver la objeción dispuso el a quo designar un nuevo perito, para que diera respuesta únicamente a las preguntas 21 y 22, dado que sobre las demás ningún error se endilgó al primeramente nombrado.

Fue designado el doctor **IVÁN DARÍO GARCÍA MONROY**, quien suscribe el informe como médico especialista en Ortopedia y Traumatología, Cirujano de Pie y Tobillo. (folios 589 y 590).

Las preguntas 21 y 22 y las respuestas que cada uno de los peritos ofreció son del siguiente tenor:

**PREGUNTA 21:** ¿Si existiera un trastorno a distancia que se corrige, puede mejorar el apoyo del pie y desaparecer las callosidades causadas por el mal apoyo?

Respuesta del perito **VÍCTOR MANUEL CASTAÑO CÁRDENAS**: *“Esa es la idea cuando uno realiza una cirugía, aunque no siempre se logre.”*

**PREGUNTA 22:** ¿Qué significa que en radiografía reciente la paciente operada hace dos años de hallux valgus presente hoy los ejes de todos los dedos del pie conservados?

Respuesta del perito **VÍCTOR MANUEL CASTAÑO CÁRDENAS**: *“Que la cirugía para corregir ejes fue exitosa.”*

En aclaración, manifiesta el auxiliar de la justicia que, respecto del caso concreto no tuvo en su poder la radiografía a considerar para emitir el concepto. Aclaró ser Especialista en Ortopedia y Traumatología, no Subespecialista en pie y, además, agregó: *“si se requiere mayor claridad puede consultar un subespecialista en el área que le puede aclarar mejor las dudas que ustedes tienen.”*

Las respuestas del perito **IVÁN DARÍO GARCÍA MONROY** son las siguientes:

**PREGUNTA 21:** ¿Si existiera un trastorno a distancia que se corrige, puede mejorar el apoyo del pie y desaparecer las callosidades causadas por el mal apoyo?

Respuesta: *“Hay que aclarar que* ***HALLUS VALGUS*** *o juanete es una enfermedad propia del primer (1er) dedo de pie a nivel de la articulación metatarso-falángica, y que el juanetillo es una enfermedad propia del quinto (5to) dedo a nivel también de la articulación metatarso-falángica.*

*Sí, cuando tenemos un paciente con un diagnóstico de* ***HALLUS VALGUS*** *y lo operamos puede mejorar el apoyo del antepie sobre el primer (1er) dedo en el cual hemos realizado la cirugía; si el paciente además de esta enfermedad presenta un juanetillo (o sea una enfermedad sobre el quinto dedo del antepie), no va a mejorar operando el primer (1er) dedo sino realizando una cirugía sobre el quinto (5to) dedo que es el que presenta juanetillo; por lo tanto si el paciente presenta callosidades a nivel del quinto dedo no se va a mejorar operando el primer dedo.”*

**PREGUNTA 22:** ¿Qué significa que en radiografía reciente la paciente operada hace dos años de hallux valgus presente hoy los ejes de todos los dedos del pie conservados?

Respuesta: *“Cuando evaluamos una radiografía de un pie que presenta un* ***HALLUS VALGUS*** *(juanete) debemos medir los ángulos de los ejes entre el primer y segundo metatarsiano, que normalmente debe ser menor de 9 grados y el ángulo de los ejes del primer metatarsiano con la primera falange (Ángulo metatarso falángico del primer dedo) cuyo valor normal debe ser menor de 15 grados. Cuando las anteriores mediciones son mayores los valores ya citados empezamos a hablar de* ***HALLUS VALGUS****. Es de aclarar que la evaluación clínica del paciente es fundamental para tomar una decisión de cirugía corrección de Hallux Valgus.*

*Para responder esta pregunta, en la cual se indica que los ejes de todos los dedos del pie están conservados, se refiere a que los ángulos citados con anterioridad están dentro de los límites normales.”*

**9.3.** Vistas así las cosas, si la señora **ANA BEIBA** lo que presentaba en principio (17 de marzo de 2006) era una *hiperqueratosis en región lateral del quinto dedo del pie izquierdo dolorosa a la palpación,* descrita como callos y callosidades, la indicación del primer galeno que la atendió, doctor Diego Alexander Mora Pulido –Médico General- era la acertada, pues lo que requería era una pequeña cirugía para resección de lesión en pie, tal como lo ordenó, procedimiento que en términos del dictamen pericial rendido por el doctor **IVÁN DARÍO GARCÍA MONROY**, Cirujano de Pie, es el idóneo.

**9.4.** Ahora, debe precisar la Sala, si la señora **ANA BEIBA**, realmente padecía **HALLUX VALGUS BILATERAL**, y en caso afirmativo, determinar si era de imperiosa necesidad la cirugía del pie izquierdo que le fue practicada; además si el daño que presenta se debe al proceder errático de su médico tratante.

Revisada la historia clínica de la citada paciente, en la consulta del 24 de abril de 2006, el médico **GUSTAVO ADOLFO MARÍN SILVA**, Especialista en Ortopedia y Traumatología, anota que la señora **ANA BEIBA** presenta en ese momento: *“LESION EN DEDO 5 DE PIE IZQUIERDO”*. Su diagnóstico: *“callos y callosidades”*. Ordena RX de miembros inferiores Test de Farril u Osteometría o estudio de pie plano (pies con apoyo). Requiere RX y valorar por cirugía. (fl. 48)

En consulta del 2 de mayo de 2006 es atendida nuevamente la señora **ANA BEIBA** por el mismo ortopedista, doctor Gustavo Adolfo Marín Silva, quien le diagnostica: ***“HALLUX VALGUS BILATERAL”***. (fl 50)

Revisada minuciosamente la historia clínica, esta judicatura no encuentra constancia o anotación alguna en la misma, de que se le haya tomado la radiografía a la paciente. Ahora, si le fue tomada, en la historia tampoco aparece que el diagnóstico esté respaldado en ella. Recuérdese que en el informe pericial del doctor **IVÁN DARÍO GARCÍA MONROY**, indica con claridad que *“Cuando evaluamos una radiografía de un pie que presenta un* ***HALLUS VALGUS*** *(juanete) debemos medir los ángulos de los ejes entre el primer y segundo metatarsiano, que normalmente debe ser menor de 9 grados y el ángulo de los ejes del primer metatarsiano con la primera falange (Ángulo metatarso falángico del primer dedo) cuyo valor normal debe ser menor de 15 grados. Cuando las anteriores mediciones son mayores los valores ya citados empezamos a hablar de* ***HALLUS VALGUS****. Es de aclarar que la evaluación clínica del paciente es fundamental para tomar una decisión de cirugía corrección de Hallux Valgus.”*

**9.5.** Aquí la paciente fue diagnosticada con **HALLUX VALGUS BILATERAL** y no aparece en la historia clínica, cual fue el fundamento del mismo; y se le practicó cirugía de corrección del pie izquierdo el 25 de junio de 2006.

El doctor **DIEGO SEBASTIÁN ALVEAR PACHECO**, uno de los médicos que atendió inicialmente a la señora **ANA BEIBA**, fue llamado a declarar; cuando se le preguntó por qué nunca mencionó el juanete, respondió: *“No recuerdo pero no era el motivo de consulta, no refería dolor en el primer dedo.”* (folio 450).

El doctor **DIEGO ALEXANDER MORA PULIDO**, otro de los médicos que atendió inicialmente a la señora **ANA BEIBA**, también fue llamado a declarar; dijo que la paciente consultó fue por el callo no por el juanete; se le interrogó si observó el juanete, respondió que no se fijó porque ella manifestaba dolor en otra parte del pie. (folio 453).

De otro lado, con la demanda aportó la parte actora una radiografía **DE PIES COMPARATIVOS** de la citada paciente, tomada el 8 de mayo de 2009, obrante a folios 241 al 243, que la a quo ordenó tener como prueba (folio 395) y no fue cuestionada, informa lo siguiente: *“Cambios postquirúrgicos por osteotomía distal del primer metatarsiano izquierdo. Los ejes metatarsofalángico de ambos artejos están conservados. Estructuras óseas y relaciones articulares de ambos pies por lo demás normales.”*

Si la radiografía revela que las estructuras óseas y relaciones articulares de ambos pies de la señora **ANA BEIBA** están normales para el año 2009, esto es, casi tres años después de la cirugía de juanete del pie izquierdo, quiere decir lo anterior que el diagnóstico de hallux valgus bilateral fue errado, toda vez que su pie derecho no fue intervenido quirúrgicamente y se conserva normal.

En la historia clínica no aparece información alguna que revele que la paciente padecía tal dolencia, puesto que en ninguna de las consultas a las que asistió se dejó constancia de dolor o deformidad a nivel del primer dedo de sus pies; su dolencia siempre fue ubicada en el quinto dedo del pie izquierdo.

La versión del galeno demandado, doctor **GUSTAVO ADOLFO MARÍN SILVA** no se conoce, pues fue omitido el interrogatorio de parte; sin embargo, en la contestación de la demanda, dice su apoderado que el diagnóstico de hallux valgus sí tuvo fundamento científico, ya que fue hecho por un especialista con base en sus conocimientos, la clínica y las ayudas (no menciona cuáles).

**9.6.** Considera la Sala que el recaudo probatorio, compuesto por la historia clínica, los testimonios de los médicos y el dictamen pericial del Cirujano de Pie, son suficientes para establecer que hubo un inadecuado diagnóstico; faltó rigurosidad en la valoración inicial, no hay prueba de que el médico demandado acudiese a exámenes complementarios, como radiografía, que permitieran establecer con certeza la patología padecida por la señora **ANA BEIBA** en la consulta del día 2 de mayo de 2006.

De otro lado, en la historia clínica de la paciente tampoco aparece nota alguna que justifique la imperiosa necesidad de practicarle la cirugía de corrección del hallux valgus del pie izquierdo de la paciente, o que tal decisión la tomó después de haber explorado otras vías o un tratamiento conservador que no dio resultados.

Si como se explica, el diagnóstico es la fase encaminada a determinar el cuadro clínico del paciente, para precisar la patología que padece y a partir de allí establecer el tratamiento a seguir, el examen físico y las ayudas diagnósticas son fundamentales, últimas estas que brillan por su ausencia.

**10.** Acoge esta Colegiatura la hipótesis del apelante, en el sentido de que a la señora **ANA BEIBA** se le practicó una cirugía innecesaria o por lo menos no justificada, entre otras cosas, porque tampoco era el procedimiento adecuado para sanar la hiperqueratosis que presentaba en el quinto dedo del pie izquierdo, como lo mencionó el perito –Cirujano de Pie y Tobillo.

En materia médica, bien sabido es que el dictamen de expertos médicos es indudablemente el medio probatorio que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer el acierto o no de un procedimiento médico.

La Sala, por ser el auxiliar de la justicia, Especialista en Ortopedia y Traumatología, además de Cirujano de Pie, idoneidad no cuestionada, acoge en su integridad el dictamen que dio, pues se advierte claro y contundente, dada su especialidad, que permite concluir que el procedimiento de corrección de juanete de pie izquierdo que se le practicó a la señora **ANA BEIBA**, no era el apropiado o idóneo para curar las callosidades que presentaba en su quinto dedo del pie izquierdo, que si requería intervenirse directamente.

**11.** Ahora, podría contra argumentarse que la señora **ANA BEIBA** otorgó el consentimiento para la intervención quirúrgica y ello justifica la cirugía que realizó el galeno. Esta Sala no lo considera de esta manera, por lo siguiente:

Ciertamente, la paciente dio su consentimiento el 25 de junio de 2006, hace parte de la historia clínica (folio 51). Autoriza a los doctores Marín y Fernández para realizarle un procedimiento denominado **OSTEOTOMÍA DEL PIE IZQ.** En el documento se expresa: *“Me ha explicado la naturaleza y propósitos de la intervención quirúrgica o procedimiento especial, también me ha informado de las ventajas, complicaciones, molestias y riesgos que pueden producirse, así como las diferentes alternativas al tratamiento propuesto. Se me ha dado la oportunidad de hacer preguntas y todas ellas han sido contestadas satisfactoriamente… Reconozco que no me han garantizado los resultados que se esperan de la intervención quirúrgica o procedimiento especial.”*

Claro, es de suponer que, el paciente da el consentimiento porque confía en su médico tratante, confía en que el diagnóstico es el correcto; confía en que el tratamiento también es el adecuado, porque el paciente, en la medida que no es profesional de la medicina, no está en condiciones de controvertirlo; siempre espera que pueda aliviar sus dolencias; las reglas de la experiencia así lo señalan.

El consentimiento informado, en criterio de esta Colegiatura, no puede justificar los errores médicos.

**12.** La historia clínica de la citada paciente, revela que una vez fue sometida a una cirugía de corrección de hallux valgus, presentó sintomatología de dolor y edema en el sitio de la operación; es intervenida nuevamente el 16 de noviembre de 2006, para corrección de haqllux valgus recidivante (folios 71 al 75). Continúa con dolor y signos de compromiso infeccioso, con diagnóstico de osteomielitis y se interviene quirúrgicamente el 4 de mayo de 2007 (folios 116 al 129); persiste el dolor y signos de infección que requiere varias consultas y manejo antibiótico; le retiran clavos que fueron implantados, continua con manejo antibiótico (folios 165 a 230).

Como consecuencia de ello ha presentado una disminución de su capacidad laboral del 9,50%, que debe ser indemnizada. No fue cuestionada (fls. 718 a 722). Y como si fuera poco, el INML ha diagnosticado el daño de la siguiente manera: Incapacidad médico legal definitiva: ciento veinte días (120). Secuelas médico legales: 1. Perturbación funcional del órgano de la locomoción de carácter permanente, dada la cojera manifiesta. 2. Deformidad física de carácter permanente dada la ostensibilidad de la cojera. (folios 640 al 645)

**13.** Visto lo anterior, en el caso bajo estudio, no hay duda, hállanse acreditados los elementos de la responsabilidad; se le ha ocasionado un daño a la actora, por negligencia e impericia de su médico tratante (culpa), doctor **GUSTAVO ADOLFO MARÍN SILVA** y ese daño sufrido es a causa del comportamiento médico señalado.

**14.** Siendo así las cosas, surge el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados, en la forma que más a delante se especifica.

**15.** En virtud de todo lo que acaba de exponer, ha de mencionarse que no prospera la excepción perentoria que propuso el médico demandado, doctor **GUSTAVO ADOLFO MARÍN SILVA,** de “inexistencia de culpa y nexo causal”.

Tampoco las de “Falta de legitimación por pasiva” y “Falta de nexo causal entre el hecho y el daño.” Formulada por la **CLÍNICA RISRALDA S.A.**

De la misma manera, se declaran imprósperas las propuestas por la demandada **SALUDCOOP EPS**, que denominó: “Cumplimiento contractual”, “Ausencia de responsabilidad institucional”, “Inexistencia de nexo causal”, “Discrecionalidad científica que no responsabiliza a las **EPS** ni a las **IPS**” y “Excesiva tasación de perjuicios”.

Necesario es reiterar que la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2009, dejó claro que:

***“la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.”***

**15. De la tasación de los perjuicios.**

**15.1. El lucro cesante**. A fin de establecer el lucro cesante, siguiendo de cerca la misma ecuación adoptada por la Corte Suprema de Justicia[[1]](#footnote-1), se debe obtener el monto indemnizable actualizado, el cual ha de ser la base para la investigación del lucro cesante pasado y futuro.

De modo que para obtener el monto indemnizable actualizado la fórmula a aplicar es la siguiente:

**VAt = IPCt/IPCt-1**

Donde **VAt** es el valor actual, **IPCt**, es el índice de precios al consumidor (122.31) que pertenece al mes de julio de 2015, determinado por el DANE; que se dividirá por el **IPCt-1**, que es el índice a febrero 2019 (143.27), para finalmente multiplicar su resultado por la suma a actualizar, correspondiendo al monto del salario mínimo para el año del ocurrencia de los hechos $644.350,oo. Despejada la ecuación, se obtiene el siguiente resultado:

**VAt: 122.31 / 143.27= 0,853702799**

**VAt: 0,853702799 x 644.350 = $550.0834**

En este punto, pertinente es señalar que, en tratándose de la indemnización de perjuicios patrimoniales, es dable prohijar que el monto indemnizable a tener en cuenta, partiendo de la base que se reclama un salario mínimo a partir del año 2015, debe ajustarse al hoy vigente, pues como ha sido expuesto por la Sala de Casación Civil, *“como apenas ahora haríase efectiva la indemnización, el nuevo salario legal fijado trae “implícita la pérdida del poder adquisitivo del peso”[[2]](#footnote-2)* Pues bien, para el año 2019 es la suma de $828.116,oo mensuales según el Decreto 2451 del 27 de diciembre de 2018. Suma a la que debe incrementarse el 25% por prestaciones sociales, esto es $207.029.

Se tiene así que, la suma actualizada de la manera ya dicha, asciende a $1.035.145, y teniendo en cuenta que la víctima quedó con una incapacidad de 9.50% del total de su potencial laboral, el ingreso mensual con fundamento en el cual se debía liquidar el lucro cesante pasado y futuro será de $98.338,79.

En este orden de ideas, para determinar el lucro cesante se requiere conocer primeramente el periodo de vida probable de la señora **ANA BEIBA OSPINA CORRALES**, para cuyo efecto se cuenta con copia del registro civil de nacimiento obrante a folio 21, en el que consta que nació el 9 de mayo de 1977, contaba 48 años de edad al momento del suceso dañino, 15 de julio de 2015, fecha para la cual se estructuró su pérdida de capacidad laboral conforme obra a folios 718 al 722.

Ahora, la tabla de supervivencia señalada en la resolución contenida en la resolución 1555 de 2010 expedida por la Superintendencia Financiera, determina que por tener **ANA BEIBA** al momento de hecho dañoso la edad de 48 años, su esperanza vital se extendía por otros 38 años. Esto es, el período indemnizable es de 456 meses; de los cuales 42.77 mensualidades se liquidarán como lucro cesante consolidado, es decir, del mes de julio de 2015 a febrero de 2019 y los restantes 413.23 a título de lucro cesante futuro.

En este orden de ideas, para determinar el lucro cesante pasado o consolidado, se debe aplicar la siguiente fórmula:

S = Ra x (1+ i)n - 1

 i

En donde,

S = Es la indemnización a obtener

Ra (Renta actualizada) = $98.338,79

I = Interés puro o técnico: 0.004867%

n = (Periodo Vencido) 42.77 meses

1 = Constante matemática

S = $98.338,79 x (1+ 0.004867)105.8 - 1 = $ 4.662.769,41 0.004867

En cuanto al lucro cesante futuro, el mismo ejercicio habría de hacerse, con la fórmula que la técnica jurídica demanda:

S = Ra x (1+ i)n - 1

 i (1+ i)n

En donde,

S = Es la indemnización a obtener

Ra (Renta actualizada) = $98.338,79

I = Interés puro o técnico: 0.004867%

n = (Periodo Vencido) 413,23 meses

1 = Constante matemática

S= $735.792,04 x (1+0.004867)388.36–1 $17.487.985,01 0.004867 (1+ 00.004867)388.36

Resulta así, que el valor a que ascenderían las pretensiones de la señora **ANA BEIBA** es la suma de **$22.150.754,43** por concepto del lucro cesante reclamado.

**15.2. Los perjuicios morales**. Bien se sabe que el perjuicio moral es indeterminable y de naturaleza extrapatrimonial, lo que ha permitido al juez ejercitar el *arbitrium judicium* en su reparación y más que ostentar un carácter resarcitorio, cumple una función paliativa, tratando con ella de obtener que la víctima reciba una compensación suficiente, acorde con la aflicción; por ello, la magnitud del daño causado y las secuelas que hubiese producido son factores que necesariamente han de incidir en su valoración. De otro lado, ha entendido la Corte Constitucional que es posible presumirlos para el caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso. Así las cosas, el parentesco, entonces, resulta ser un elemento que permite deducir y tener por demostrado el afecto derivado de las relaciones familiares, por lo que debe presumirse que el daño antijurídico causado a una persona, también genera dolor y aflicción a sus parientes cercanos, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales (hermanos)[[3]](#footnote-3).

**15.3. Daño a la vida de relación**. Con respecto al daño a la vida de relación, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que se erige como una categoría propia y distinta tanto del daño patrimonial y del perjuicio moral, que, *“se configura cuando el damnificado experimenta una minoración sicofísica que le impide o dificulta la aptitud para gozar de los bienes de la vida que tenía antes del hecho lesivo, y como consecuencia de éste.”* La sola privación objetiva de la posibilidad de realizar actividades cotidianas como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, etc., comporta un daño a la vida de relación que debe ser resarcido. Así se puede apreciar en la sentencia de la Sala de Casación Civil del 9 de diciembre de 2013, radiación No. 88001-31-03-001-2002-00099-01. MP. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Respecto de la indemnización, tanto de los perjuicios morales como del daño a la vida de relación, recientemente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia recordó el deber de aplicar la equidad, que no equivale a arbitrariedad ni permite valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas, y señaló:

***“Con otras palabras, cabe señalar, en apretada síntesis, que la fijación del quantum de la respectiva indemnización depende de la intensidad de dolor sufrido por la víctima, en el caso del daño puramente moral, o por la magnitud de la afectación que ella experimenta en sus relaciones interpersonales y/o en su vida cotidiana, en el caso de la segunda clase de perjuicio de que aquí se trata.***

***Se desprende de lo expuesto, que en tratándose de esa clase de perjuicios, moral y de vida de relación, no existen máximos o mínimos, ni baremos preestablecidos…”*** *Sentencia SC21828-2017.*

**16.** En el caso que se examina, se pide indemnización de perjuicios morales en la cantidad de cien smlmv para cada uno de los actores, que para la época actual equivalen a $82.871.600.

Para la víctima directa, considera esta Sala que, quien ha tenido que soportar las consecuencias de las varias intervenciones quirúrgicas que derivaron en una evidente cojera ostensible y permanente, que le generó una pérdida de capacidad laboral de 9,50%, se reconocerán 20 smlmv, que para la época actual equivalen a $16.574.320; pues en criterio de esta Sala de Decisión, si bien la intensidad del dolor sufrido por la víctima y las secuelas producidas, no siendo catastróficas así lo aconsejan.

Para los demás actores, quienes han demostrado en debida forma el parentesco con la víctima directa (folios 21 al 27), esto es, **FREDY ALBERTO BARRAGÁN TORO** y **DIANA MARCELA GARCÍA OSPINA**, hijos de la víctima directa; **ANA BEIBA CORRALES DE OSPINA**, su madre, **MARTHA LUZELY OSPINA CORRALES,** su hermana, **FREDY ALBERTO BARRAGÁN TORO**, su compañero permanente, y **MARÍA CONSUELO TORO H.**, su suegra, 5 smlmv para cada uno, que para esta época equivalen a $4.143.580. De la unión de dicho grupo familiar dieron cuenta las personas que fueron llamadas a declarar, **MARÍA EUGENIA NIÑO NIÑO** (folios 449 a 446), **ANA CECILIA SOTO IREC** (folios 496 a 500) y **MARÍA GLADIS TORRES** (folios 550 a 552).

**17.** En cuanto a los perjuicios a la vida de relación, para su reconocimiento se aduce que la señora **ANA BEIBA** se ha marginado de las reuniones sociales, dejó de lado las fiestas, las caminatas y no se integra socialmente de la manera que lo hacía cuando contaba con buena salud. Las personas que acabamos de mencionar, son unánimes en afirmar que a **ANA BEIBA** le gustaba el baile y salir de paseo con su hijo y los vecinos; ya no lo hace, por lo cual se ve siempre aburrida.

En criterio de esta Sala, la afectación a la vida de relación de la citada actora tampoco se avizora catastrófica, que le impida gozar de los demás placeres de la vida; por lo que en concordancia con lo dicho antes, se fijará la reparación en cuantía de cinco smlmv, que para esta época equivalen a $4.143.580.

Y con respecto a esta misma especie de perjuicios, que imploran los demás actores se les indemnice, ha decirse que ningún hecho se narró, en cuanto a cómo a ellos la lesión permanente sufrida por señora **ANA BEIBA,** les ocasionó consecuencias negativas en su propio ámbito social y familiar. Las misma debieron ser claramente descritas en la demanda como garantía del derecho de defensa de los demandados y para respetar el principio de congruencia de la sentencia, consagrado en el artículo 281 del C.G.P. que prescribe que el fallo debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda, y con las excepciones propuestas por el demandado, por lo cual el funcionario judicial de conocimiento no puede extralimitarse, reconociendo unos hechos no planteados en el libelo inicial, so pena de caer la sentencia en una disonancia; ello vulneraría el derecho de defensa de la contraparte. Y es que así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC7824-2015. Se negarán.

**18.** Finalmente, como al proceso fue llamada en garantía la aseguradora **SURAMERICANA S.A.** por la demandada **CLÍNICA RISARALDA S.A.**, deberá cubrir la condena impuesta a dicha entidad de salud, teniendo en cuenta que suscribió la póliza número 60200089701, que reposa a folios 315 y 316 y ampara *“la responsabilidad profesional que le sea imputable al asegurado por un acontecimiento que cause daños personales que se ocasionen como consecuencia de siniestros ocurridos durante la vigencia de la póliza y causados directamente por un servicio médico, quirúrgico, dental, de enfermería y/o ejercicio de la profesión médica legalmente habilitada(os) para ejercer y prestado durante la misma vigencia, dentro de los predios del asegurado legalmente habilitados.”*

Ciertamente, no es objeto de controversia que el daño lo produjo un médico adscrito a la **CLÍNICA RISARALDA S.A.**, durante la prestación de un servicio médico el 25 de junio de 2006, en dichas instalaciones. La vigencia de la póliza va del 19 de mayo de 2006 al 19 de mayo de 2007. Como se sabe la cirugía de la cual se derivó el daño fue realizada por un galeno adscrito a la citada IPS. Ha de tenerse en cuenta que consta en ella la no existencia de exclusiones y las deducciones pactadas.

**19.** En conclusión, habida cuenta de lo anteriormente discurrido, se impone revocar la sentencia apelada, para en su lugar conceder las pretensiones de la demanda, con la consiguiente condena en costas.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, el 2 de noviembre de 2017, en el proceso promovido por **ANA BEIBA OSPINA CORRALES, FREDY ALBERTO BARRAGÁN TORO** en nombre propio y en representación de su menor hijo **FREDY ALBERTO BARRAGÁN OSPINA; DIANA MARCELA GARCÍA OSPINA, MARTHA LUCELY OSPINA Y MARÍA CONSUELO TORO DE MONTOYA**, contrala **EPS SALUDCOOP, CLÍNICA RISARALDA S.A. Y GUSTAVO ADOLFO MARÍN SILVA**, siendo llamada en garantía **SURAMERICANA S.A.S. CIA DE SEGUROS.**

**PARA EN SU LUGAR**

**Primero: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.

**Segundo: DECLARAR** civilmente responsable a las demandadas **EPS SALUDCOOP,** **CLÍNICA RISARALDA S.A. Y GUSTAVO ADOLFO MARÍN SILVA** por los perjuicios causados a los demandantes en con ocasión del servicio médico prestado el 25 de junio de 2006 a la señora **ANA BEIBA OSPINA CORRALES.**

**Tercero:** Se condena a los demandados al pago de las siguientes sumas:

**a. Como lucro cesante pasado y futuro** para la señora ANA BEIBA OSPINA CORRALES, la suma de veintidós millones ciento cincuenta mil setecientos cincuenta y cuatro pesos con cuarenta y tres centavos ($22.150.754,43).

**b. Por concepto de perjuicios morales:**

Para la señora ANA BEIBA OSPINA CORRALES, el monto de dieciséis millones quinientos setenta y cuatro mil trescientos veinte pesos ($16.574.320).

Para los demás actores FREDY ALBERTO BARRAGÁN OSPINA, DIANA MARCELA GARCÍA OSPINA, ANA BEIBA CORRALES DE OSPINA, MARTHA LUCELY OSPINA CORRALES, FREDY ALBERTO BARRAGÁN TORO Y MARÍA CONSUELO TORO la suma de cuatro millones ciento cuarenta y tres mil quinientos ochenta pesos ($4.143.580) para cada uno.

 **b. Por concepto de daños a la vida de relación:**

Para la señora ANA BEIBA OSPINA CORRALES, el monto de cuatro millones ciento cuarenta y tres mil quinientos ochenta pesos ($4.143.580).

**Cuarto:** Se reconoce sobre esas sumas un interés del 6% anual, a partir de la ejecutoria de la presente providencia y hasta cuando se realice el pago.

**Quinto:** La aseguradora **SURAMERICANA S.A.S.,** llamada en garantía, debe cubrir la condena impuesta a la Clínica Risaralda S.A., conforme la póliza No. 60200089701.

**Sexto:** Se niega las demás pretensiones.

**Séptimo:** Se condena en costas de ambas instancias a la parte demandada y en favor de los demandantes (art. 365.4 CGP). Su liquidación se hará de manera concentrada ante el juez de primera instancia como manda el artículo 366 del CGP. Para ese efecto en auto de Sala Unitaria se señalarán el monto de las que aquí correspondan.

 Esta decisión queda notificada en estrados.

 No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada y se autoriza el retiro del recinto.

 Los Magistrados,

 **EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Sentencia Sala de Casación Civil, REF.: 23417-31-03-001-2001-00055-01., 24 de abril de 2009; M.P. Cesar Julio Valencia Copete. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria, Expediente No. 5002, M.P. Dr. Manuel Ardila Velásquez. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, Sentencia T-934 de 2009. También la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, predica tal presunción, como puede apreciar en las sentencias SC5885 y SC15996, ambas de 2016. [↑](#footnote-ref-3)