



**DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA CIVIL – FAMILIA
Área Civil**

**ÁNGELA GIOVANNA CARREÑO NAVAS
Magistrada Ponente**

Verbal – Responsabilidad Médica. **Sentencia**
Radicación 54001-3153-004-2018-00029-02
C.I.T. 2020-0020

APROBADA SEGÚN ACTA DE LA FECHA

San José de Cúcuta, cinco (5) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Esta Sala de Decisión adscrita a la Sala Civil - Familia del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en cumplimiento de lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020, procede a emitir sentencia escrita mediante la cual se resuelve el **recurso de apelación** debidamente sustentado e interpuesto por la parte demandada dentro del presente proceso **Declarativo – Verbal de Responsabilidad Civil Médica**, promovido por MARLENE PABÓN ÁLVAREZ, LUIS ELIESER GALVIS RAMÍREZ, MYRIAM ROSA PABÓN ÁLVAREZ, LEIDY JOHANNA GALVIS PABÓN, SERGIO LUIS GALVIS PABÓN y LUIS CARLOS IBARRA PABÓN, en contra de la CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA, representada legalmente por Álvaro Salgar Villamizar, Segundo Suplente del Gerente, siendo llamada en garantía la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., regentada por Daniel Said Assaf Pastrana, Representante Legal Judicial.

1. ANTECEDENTES

1.1 Pretensiones y Hechos

En síntesis, conforme al libelo introductor obrante a folios 246 al 267 del cuaderno principal y al escrito de reforma de la demanda oteado a folios 428 al 455 ibídem, los demandantes Marlene Pabón Álvarez, Luis Eliéser Galvis Ramírez, Myriam Rosa Pabón Álvarez, Leidy Johanna Galvis Pabón, Sergio Luis Galvis Pabón y Luis Carlos Ibarra Pabón, por conducto de apoderada debidamente constituida, iniciaron el proceso Verbal de Responsabilidad Civil Médica por fallas en la prestación del servicio en contra de la Clínica San José de Cúcuta, a objeto de que se declare que la demandada es *“extracontractualmente responsable (...) por la falla del servicio médico”* brindado a la señora Marlene Pabón Álvarez, ya que le negó *“una adecuada, especializada y oportuna prestación del servicio de salud lo que conllevó a la disminución del funcionamiento normal de las glándulas de la tiroides y de la paratiroides, lo que ha llevado a disminuir la capacidad laboral y ha presentado secuelas permanentes, por tanto se ha lesionado el derecho a la salud, alteración al goce pacífico del derecho, daño a la vida en relación, lesión del derecho de consentimiento informado, entre otros”*; en consecuencia, solicitaron se les condenara a pagar a su favor los montos determinados en la demanda por concepto de perjuicios materiales (lucro cesante consolidado y futuro), morales y los causados sobre bienes constitucionales y convencionales¹.

En los hechos en que se apoyaron las pretensiones se indicó que la señora Pabón Álvarez, es trabajadora independiente y *“se desempeña como modista”*. Que para *“comienzos del año 2007 (...) se empezó a sentir indispuesta de salud, pues sentía un dolor incontrolable de la garganta como si tuviere una astilla o espina”*, lo que le disminuía *“permanentemente el tracto para comer, pasar saliva, y tomar líquidos, entre otras cosas”*; además, *“empezó a notar una protuberancia en la garganta como una especie de “pelota” que le incomodaba para hablar y le generaba presencia de dolor al tacto, pepa en su cuello que crecía notoriamente por la parte derecha”*. Tal cuadro clínico, la motivó a consultar *“a su EPS SANIDAD”* a la que para aquella época se encontraba *“afiliada en la calidad de beneficiaria”*, siendo de allí remitida *“al especialista (...), es decir, a la Clínica San José”*, en donde fue *“atendida por el Médico Cirujano General-Gastroenterólogo Dr. Edgar Salgar*

1 Expediente híbrido cuaderno No. 1, actuación No. [“0034 Demanda.pdf”](#) y [“0049 ReformaDemanda.pdf”](#)

(...), quien realizó chequeo y/o examen físico de palparle el cuello”, luego de lo cual conceptuó *“la necesidad de una intervención quirúrgica.”*

Tal procedimiento (primera cirugía), se llevó a cabo *“el día 10 de noviembre de 2007”* por el galeno *“Edgar Salgar Villamizar”*, y al día siguiente *“la evolución fue satisfactoria, con pronóstico de salida en el segundo día”*. Sin embargo, llegado ese momento se observó *“que no había un estado de evolución”*, por lo que *“se suspende”* el egreso, el que finalmente se dio el 13 de noviembre de 2007, es decir, 3 días después *“a pesar de tener una tensión arterial alta”*.

En los días subsiguientes, persistió *“dolor intenso, fastidio e incomodidad”* así como la sensación inicial (*“tener una espina en el cuello”*), motivo por el que solicita *“cita prioritaria”* siendo asignada para el día 18 de noviembre con el médico que la intervino, para que la valorara *“y [a] su vez le retirara los puntos”*. Allí, *“afirman la demandante y su acompañante (sin indicar quién) que de manera verbal”* el facultativo les *“manifestó que “Tenía 2 noticias, 1 buena y otra mala, la buena: que cicatrizaba muy bien y la mala que se había equivocado en extraer la glándula de la tiroides que estaba sana, que por tal motivo debía volverla a operar por segunda vez para poder extraer la glándula o lóbulo que sí realmente, estaba malo”*”.

Por lo anterior, el médico tratante programó la segunda intervención de hemitiroidectomía izquierda para el 28 de noviembre de 2007; y realizada, fue dada de alta médica al cuarto día del post operatorio (1 de diciembre de 2007) pues *“su evolución es hacia la mejoría”*, pese a que presentó *“hipocalcemia”* que fue manejada con *“gluconato de calcio intravenoso, para la regulación de los niveles de calcio”*.

Advirtieron los actores que, en esa segunda intervención, el médico tratante cometió *“otro error ya que en ninguna de las dos oportunidades realiza todos los exámenes de rigor”*, esto es *“1. Biopsia; 2. Estudios por imágenes; 3. Ecografía; 4. Gammagrafías; 5. Radiografía de tórax; 6. Tomografía computarizada; 7. Imágenes por resonancia magnética; 8. Tomografía por emisión de positrones; 9. Análisis de sangre; 10. Hormona estimulante de la tiroides; 11. T3 y T4Tiroglubina; 12. Calcitonina; 13. Antígeno carcinoembrionario; 14. Exámenes de cuerdas vocales (laringoscopia)”*; que según *“experticia médic[a] del Dr. Peralta”*, *“existen estudios médicos científicos que han comprobado por medio de resultado de muestreo que*

el Cáncer Foliculopapilar del Tiroides tiene un 80 a 85% de probabilidad de crecimiento lento, lo cual permite entender que [el galeno tratante] tenía la disposición de tiempo suficiente para realizar dichos exámenes antes de las 2 cirugías o incluso en el tiempo de espacio entre la Primera salida (...) y la Segunda entrada a la Clínica”.

También informan que el 6 de diciembre de 2007 la paciente recibió el *“resultado de análisis histológico únicamente del lóbulo tiroideo derecho”,* el cual arrojó, entre otros, que esa parte del órgano se encontraba *“normal”,* y se consignó una *“Nota”* que indica que *“No hay carcinoma papilar en el muestreo”.*

Agregaron, que los días *“14 y 20 de diciembre de 2007, es decir posteriores a las anteriores operaciones la Sra. Pabón Álvarez”* presentó *“dos paros cardio – respiratorios”,* siendo auxiliada por sus familiares y llevada luego a urgencias de la Clínica San José, *“en donde los médicos que la atendieron solicitaban la presencia del Dr. E. Salgar, pero este nunca se acercó a ver la paciente”,* siendo ello *“un agravante a la situación médica general”* padecida, ya que *“las reglas de la experiencia en medicina”* indican que cuando un paciente al que se le realizó *“determinada intervención quirúrgica acude a urgencias y más de manera reiterada se podría estar ante una consecuencia grave de dicha intervención ya realizada”.*

En fin, precisan, que *“se puede afirmar que no existe prueba patológica realizada al lóbulo tiroideo izquierdo que permit[ra] corroborar el posible diagnóstico pre-posoperatorio de la segunda cirugía, y por ende que confirme de manera vehemente que efectivamente”* la señora Marlene Pabón Álvarez *“padecía de cáncer, y por tanto no requería de las dos intervenciones realizadas”.* Consiguientemente, *“a raíz de las intervenciones solo cuenta con el 25% de este órgano”* (la glándula tiroidea); de ahí, que *“la producción de calcio y demás funciones que permite la tiroides (...) no es el mismo, lo que índice (sic) directamente en su actual condición de salud”.*

En virtud de lo anterior, la señora Pabón Álvarez *“fue sometida”* el día 5 de julio de 2018 *“a una valoración de Pérdida de Capacidad Laboral ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander”,* entidad que mediante *“dictamen #662/2018”,* y con fundamento en *“5 deficiencias”,* esto es, *“HIPOTIRODISMO”, “SINDROME DEL TÚNEL DEL CARPO DERECHO”,*

“SÍNDROME DEL TÚNEL DEL CARPO IZQUIERDO”, “DISFONIA” y “DOLOR CRÓNICO”, concluyó que la precitada tiene “un porcentaje de 54,04%” de pérdida de la capacidad laboral, la que, según los actores, “al obtener más del 50%”, implica que sea considerada “una persona que está en condición de invalidez, y por ende, no tiene condiciones físicas para ejercer algún tipo de actividad laboral que le permita obtener ingresos para su subsistencia”.

Aseguran entonces, que *“[d]espués del 10 de noviembre de 2007 la vida de la señora Pabón Álvarez, de su compañero permanente e hijos no ha sido la misma”, pues han vivido “momentos de angustia, zozobra, depresión, desespero” al “ver [esa] situación de salud”.*

1.2 Trámite de primera instancia

El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta, a través de auto del 20 de febrero de 2018, inadmitió la demanda²; y al ser subsana la falencia enrostrada, mediante proveído de calenda 21 de marzo de tales mes y año le dio curso legal, denegando la solicitud de amparo de pobreza invocada por la parte actora³.

La demandada CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA⁴ fue personalmente notificada de la acción incoada, y por conducto de apoderado debidamente constituido, se opuso a todas y cada una de las pretensiones^{5 - 6}. Esencialmente expresó que varios hechos no eran ciertos, otros lo eran parcialmente y algunos no le constaban. Aduce que la señora Marlene Pabón Álvarez acudió al consultorio del doctor José Edgar Salgar Villamizar *“tras ser remitida por su EPS”, Sanidad de la Policía Nacional, “para ser valorada por las molestias que presentaba en su cuello, debido a una protuberancia (nódulo) que ostentaba y que acarrearía molestias”.* Afirma que a esa consulta la paciente traía *“consigo el resultado de una gammagrafía de tiroides realizada el 16 de enero de 2007”* que le fue practicada en Nuclear San José, *“en la cual se determinó la patología”,* y como *“el médico nuclear (Doctor Jorge Omar Pabón) denota la siguiente interpretación: ‘estudio gammagráfico tiroideo en el que se demuestra nódulo gamagráficamente frío que*

2 Folio 269 Ibidem. Expediente híbrido cuaderno No. 1, actuación No. [“0036 20180220 AutoInadmite.pdf”](#)

3 Folio 288 y 289 Ibidem. Expediente híbrido cuaderno No. 1, actuación No. [“0038 20180321 AutoAdmite.pdf”](#)

4 Folio 336. Expediente híbrido cuaderno No. 1, actuación No. [“0042 PoderClinicaSanJose.pdf”](#)

5 Folios 381 a 408 lb. Expediente híbrido cuaderno No. 1, actuación No. [“0045 AnexosContestacioDemanda.pdf”](#)

6 Folios 495 a 528 lb. Expediente híbrido cuaderno No. 1, actuación No. [“0055 ContestacionReformaClinicaSanJose.pdf”](#)

dependen del lóbulo derecho de la glándula' (...) aunado al resultado del examen físico”, los que determinan la realización de “la cirugía de Hemitiroidectomía Derecha”, tal cirugía “se realizó con éxito y sin complicaciones el día 10 de noviembre de 2007”, habiéndose tomado “muestras aleatorias del lóbulo para enviar a estudio patológico”. Aclara que “nódulo frío, (...) hace referencia a una masa anormal en el tejido que puede ser benigno o maligno y que según los protocolos médicos debe ser extraído siempre que presente dificultad para deglutir, respirar y hablar, tal y como ocurría en el presente caso”.

Sin embargo, ante la “persistencia de sintomatología de la paciente, se solicitó a la policía nacional mediante oficio de fecha 19 de noviembre de 2007, la autorización de la intervención quirúrgica de hemitiroidectomía izquierda para completar (...) tratamiento y evitar que el Carcinoma Foliculopapilar del Tiroides (cáncer de tiroides) se expandiera”. Por ende, “programó una segunda intervención quirúrgica de hemitiroidectomía izquierda (...) para el día 28 de noviembre de 2007”, la que también “se realizó con éxito por parte del Doctor Luis Fernando González con asistencia del Doctor José Edgar Salgar Villamizar”, dándose alta médica el 2 de diciembre de 2007. Aseveró que ese objetivo “se logró, por cuanto actualmente la señora Pabón Álvarez no reporta ningún tipo de cáncer en su cuerpo, por ende se ratifica aún más la pertinencia y diligencia del” médico tratante, por lo que “no existió un error diagnóstico” ni “mala praxis (...) del galeno interviniente”.

Asevera que “el día 06 de diciembre de 2007 se recibió el resultado del estudio patológico solicitado del lóbulo derecho extraído, el cual aclara que se llevó a cabo un examen macro de las muestras tomadas de forma aleatoria y al azar, de las cuales se evidenció la presencia nodular macroscópica y ausencia de carcinoma papilar en el muestreo”, pero “esto no significa que el lóbulo estuviera exento de la presencia de cáncer”.

Indica que “[s]i bien es cierto que en el post-operatorio la señora Pabón Álvarez presentó hipocalcemia, esta fue debidamente tratada”, y hasta tanto no se reguló en la paciente la presencia de calcio en la sangre, no se ordenó su salida de la entidad; que “esta [es] una complicación esperada en el postoperatorio de las tirectomía y las hemitiroidectomía”, como también lo es el “hipotiroidismo” y la “disfonía”, pero ello no traduce “que la cirugía fue hecha de forma inadecuada o con mala praxis, como lo pretende hacer ver la parte actora”.

Expone que entre *“las molestias que alega padecer la demandante”*, por las cuales se calificó su pérdida de la capacidad laboral, sobresalen patologías que *“no tienen ningún tipo de relación o causalidad con las intervenciones quirúrgicas practicadas los días 10 y 28 de noviembre de 2007”*, toda vez que corresponden a *“cuadros crónicos y tendientes a empeoramiento”* que comprometen la *“actividad de relación laboral o de desempeño laboral”* de la señora Marlene Pabón.

Agrega que a voces del *“artículo 2536 del Código Civil, la acción que alega la parte actora se encuentra prescrita”*. También, que como entidad está debidamente certificada y cuenta con profesionales altamente calificados, y que *“la defensa está basada en la propia Historia Clínica del paciente y en el sustento científico para demostrar que se obró con inmediatez, oportunidad, diligencia y pertinencia en la valoración e intervención quirúrgica”*. Al abrigo de esos fundamentos propuso las excepciones perentorias de **i) “DECLARACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS ESENCIALES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD DE LA CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A.”; ii) “IDONEIDAD PROFESIONAL”; iii) “OBJECCIÓN A LA EXPERTICIA JUDICIAL – ESPECIAL APORTADA POR LA PARTE ACTORA”; iv) “FALTA DE JURISDICCIÓN Y DE COMPETENCIA”; v) “AUSENCIA DE PRUEBA QUE DEMUESTRE LA PRESUNTA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO, FALTA DE ATENCIÓN OPORTUNA INTEGRAL, LESIÓN AL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE MÍ REPRESENTADA LA CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A.”; vi) “AUSENCIA DE NEXO DE CAUSAL ENTRE EL OBRAR DE LA CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A. (FACTOR DE ATRIBUCIÓN – CULPA) Y EL SUPUESTO DAÑO ALEGADO”; vii) “AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A. Y PODER PROBATORIO DE LA HISTORIA CLÍNICA”; viii) “EXCESO EN LA ESTIMACIÓN DE LA CUANTÍA”; ix) “LA GENÉRICA”**.

En escrito aparte, solicitó llamar en garantía a la compañía de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y que se resuelva sobre la relación contractual existente entre éstos, para que se condene a la citada a pagar las sumas de dinero que deba cancelar por los perjuicios reclamados en el proceso, habida cuenta que *“para la época de los acontecimientos”* tenía vigente para con aquella la *“póliza de*

seguro de responsabilidad civil profesional para clínicas y hospitales Número 7632401-8”, por lo que está llamada a “responder” de resultar vencida⁷.

Por su parte, la convocada a voces del llamamiento en garantía, en uso de su derecho de contradicción y de manera oportuna, enfiló excepciones frente a la demanda que denominó: i) “*INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR AUSENCIA DE NEXO CAUSAL – CAUSA EXTRAÑA*”; ii) “*TASACIÓN EXCESIVA DE PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES*” y iii) “*GENÉRICA*”. Igualmente, presentó excepciones de cara a la modulación de la responsabilidad frente a la póliza objeto de llamamiento, consistentes en: i) “*INEXISTENCIA DE COBERTURA RESPECTO DE LA VIGENCIA QUE SE PRETENDE AFECTAR POR LA LLAMANTE EN GARANTÍA – 22 DE ENERO DE 2018 A 22 DE ENERO DE 2019-*”; ii) “*DEDUCIBLE*” y iii) la “*GENÉRICA*”. Además, presentó “*OBJECCIÓN A LA TASACIÓN DE PERJUICIOS*” en lo atinente al lucro cesante⁸.

1.3 Sentencia de Primera Instancia

La primera instancia concluyó con sentencia proferida el día veintidós (22) de octubre de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta, despacho que declara “*sin éxito las excepciones propuestas por la demandada y la aseguradora*”. En consecuencia, condena a la clínica demandada, de un lado, “*al pago de los perjuicios materiales a favor de la demandante Marlene Pabón Álvarez, en la suma de (...) \$65'999.312,35*”, la cual “*deberá ser indexada a la fecha de la sentencia*”, y también “*al pago de los intereses legales del 6% anual, a partir de la ejecutoria de*” esa providencia. Del otro, “*al pago de perjuicios morales*”, así: Marlene Pabón Álvarez la suma de \$30'000.000,00; Luis Elieser Galvis Ramírez, Leidy Johanna Galvis Pabón, Sergio Luis Galvis Pabón, y Luis Carlos Ibarra Pabón la suma de \$20'000.000,00 para cada uno –conforme a la aclaración plasmada en el proveído del 15 de noviembre de 2019⁹– y para Myriam Rosa Pabón Álvarez, la suma de \$10'000.000,00. Además, dispuso que la llamada en garantía debe “*reembolsar a la demandada el valor de la condena, hasta el monto del cubrimiento de la póliza, afectándose la vigencia del 11 de septiembre de 2007 al 23 de*

7 Folios 15 al 18 cuaderno No. 2. Expediente híbrido Cdno. No. 2, actuación No. “[005 LlamamientoGarantia.pdf](#)”

8 Folios 152 al 60 Ibídem. Expediente híbrido Cdno. No. 2, actuación No. “[011 ContestacionLlamamiento.pdf](#)” y folios 489 al 492 cuaderno No. 1. Expediente híbrido Cdno. No. 1, actuación No. “[0052 ContestacionLlamadoGarantia.pdf](#)”

9 Folio 834 y tras folio cuaderno principal. Expediente híbrido Cdno. No. 1, actuación No. “[0104 20191115 AutoAclaración.pdf](#)”

septiembre de 2008, con la deducción pactada del 10%”. Condenó en costas en esa instancia al extremo pasivo¹⁰.

Como fundamento de su decisión, sostuvo la sentenciadora, en síntesis, con apoyo legal y jurisprudencial, que la parte actora debe *“probar (...) la mala praxis, la falla médica, obviamente el daño y el nexo causal”*. Sin embargo, previo a establecer esas circunstancias, zanjó lo atinente a la prescripción esgrimida por la entidad demandada. Al respecto, sostuvo que para efectos de contabilizar el término de prescripción debe atenderse lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la Ley 640 de 2001, para concluir que, habiéndose presentado la solicitud de conciliación el día 6 de noviembre de 2017, como la acción prescribía el 10 de noviembre de esa anualidad, *“de acuerdo con las normas anteriormente citadas, la prescripción de la acción se interrumpe por tres (3) meses, es decir, hasta el 10 de febrero de 2018, y la demanda fue presentada el nueve (9) de febrero de 2018, lo que indica que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción”*.

Allanado lo anterior, teniendo en cuenta que la objeción al dictamen pericial *“radica exclusivamente en la capacidad e idoneidad del perito”*, le dio plena validez por cuanto no se establecieron *“los errores del perito, ni siquiera se le contradijo en sus apreciaciones por parte de la defensa ni se probó que su dictamen estaba errado”*. Por lo tanto, con apoyo en esa experticia y en la historia clínica adosada, coligió *“que no existe ningún examen previo a las cirugías practicadas a la señora Pabón Álvarez, lo que indica que se practicaron por decisión exclusiva del médico tratante, sin fundamento científico alguno sobre el presunto cáncer presentado por la paciente”*. Es más, como el *“único examen”* corresponde a una gammagrafía que le fue practicada a la paciente el 16 de enero de 2007, esto es, 10 meses antes de la intervención quirúrgica practicada, *“se ratifica el hecho de que no hubo exámenes previos a la cirugía, ni concepto de endocrinólogo que es el médico especialista en estas patologías, para determinar la necesidad”* del procedimiento, toda vez que *“los nódulos fríos pueden ser benignos o malignos, por tanto debe determinarse previamente con claridad de qué clase son para determinar el tratamiento a seguir”*.

Agregó que no encuentra explicación a *“que no aparezca en la historia clínica la patología de la primera cirugía, la cual, según”* la versión del galeno tratante –Dr.

10 Folios 818 a 826 Ibídem. Expediente híbrido Cdno. No. 1, actuación No. [“0100 Sentencia.pdf”](#)

Edgar Salgar—, *“da lugar a la segunda cirugía”*. Luego entonces, *“existió una falla médica, una mala praxis, por falta de agotar procedimientos previos a los tratamientos quirúrgicos”*; es decir, le fueron extirpados a la paciente *“órganos que no estaban afectados de cáncer, que fue el diagnóstico para la práctica de las cirugías”*, quedando de tal modo *“plenamente establecido que existió una grave falla médica en la primera cirugía, pues la paciente ingresó sin examen alguno, para la Hemitiroidectomía Derecha; sin embargo, la practicada fue la izquierda”*. Así, al no encontrar que las justificaciones del facultativo tratante estén respaldadas en *“los elementos técnico[s] científicos que ayudan a la práctica de la medicina”*, no dio méritos a la *“aclaración [d]el cirujano”*.

Por ese sendero, infirió que *“es claro que la falla médica produjo daños a la paciente y consecuencias que afectaron su salud, por lo tanto, existe nexo causal entre el daño y algunos problemas de salud que afectan a la paciente Marlene Pabón”*; y esa reciprocidad solo es tenida en cuenta *“respecto de aquellos eventos que fueron producto del tratamiento de la paciente”*.

Así, concluyó que *“no hay lugar a las excepciones propuestas por la demandada y se declara su responsabilidad, condenándola al pago de los perjuicios materiales ocasionados a la señora Marlene Pabón Álvarez, así como los morales causados a esta y su familia”*.

Para el ejercicio cuantitativo de los daños materiales, explicó que *“como no está probado el ingreso económico o salarial de la”* afectada, se debe liquidar *“con base en el salario mínimo legal vigente para el año 2007, fecha de ocurrencia de los hechos”*, teniendo también *“en cuenta la pérdida de la capacidad laboral de acuerdo con la patología de la señora Apbón (sic) Álvarez y cuyo nexo causal la haya producido. Entonces, conforme el dictamen de la Junta y el dictamen médico aportado, las consecuencias producidas por el procedimiento quirúrgico, tienen relación exclusivamente con el Hipotiroidismo y la disfonía, descartándose las demás”*. Y como tales *“deficiencias suman un total de 19.1% de pérdida de capacidad laboral”*, sobre este porcentaje liquidó los perjuicios.

Respecto del daño moral, no vaciló en indicar que *“debe ser indemnizado, pues existen pruebas del dolor y aflicción sufridos por la demandante, al punto de existir tratamiento médico por psiquiatría (...) para la angustia, rabia y depresión que*

le causó ese mal diagnóstico". Empero, como *"la indemnización solicitada (...) es exagerada, pues solicita el monto máximo que solo aplica en caso de la muerte de una persona"*, la ajustó y la ponderó al porcentaje reseñado.

Finalmente, frente a la resistencia de la llamada en garantía, razonó que efectivamente *"se debe afectar [l]a póliza correspondiente al período del 11 de septiembre de 2007 al 23 de septiembre de 2008"*, tal y como lo expuso la aseguradora.

1.4 Apelación

Notificada la providencia por anotación en estado, fue apelada tanto por la llamada en garantía como por la clínica demandada, siendo admitido el recurso vertical, lo que explica la presencia del proceso en esta Sede.

Los reparos esgrimidos en primera instancia, se sintetizan en lo siguiente:

Seguros Generales Suramericana S.A. ¹¹

1. Afirma que *"si bien se estableció la realización de un acto médico, también quedó demostrado que este no puede ser tenido como causa de la actual pérdida de capacidad laboral que sufre la señora Marlene Pabón"*. También *"que no puede tenerse como prueba de presunto error o falla médica el dictamen pericial elaborado por el señor Julio Cesar peralta (sic), toda vez que dicho documento adolece de contenido mínimo que en virtud del artículo 226 del CGP corresponde a este tipo de prueba. Además, (...) que el perito NO es especialista o experto en el área de la medicina que corresponde a la patología y el procedimiento médico objeto de ese proceso judicial"*.

2. Censura *"el dictamen elaborado por la señora Zulma Yolanda Robles"* ya que *"la perito no compareció a sustentar su dicho"*, razón por la que deben aplicarse *"las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 228 de la reglamentación procesal vigente"*.

11 Folios 828 y tras folio Ib. Expediente híbrido Cdn. No. 1, actuación No. ["0102 RecursoApelacionllamadaGarantia.pdf"](#)

3. Califica que a voces de los lineamientos del “*órgano de cierre propio de esta jurisdicción*”, el reconocimiento de los perjuicios a la parte demandante “*en la modalidad de daño extrapatrimonial resulta excesivos*”.

4. Referente “*al presunto daño material, (...) si bien se aportó calificación de pérdida de capacidad laboral que supera el 50%, también lo es que en la relación de las patologías objeto de calificación, el hipotiroidismo solo contempla una PCL del 23%, y no existe evidencia científica ni jurídica que nos permita afirmar que las (sic) otros diagnósticos objeto de análisis tienen relación de causalidad con la conducta terapéutica que se reputa dañosa. En tal sentido, sí obra prueba que demuestra que por varios años la demandante efectuó labores de modista, de la cual si resulta propio el compromiso óseo y muscular*”.

La Clínica San José de Cúcuta S.A. ¹²

1. Intituló 11 reparos, los cuales, por ser afines, entrelazados o caer en argumentos reiterativos, se sintetizan así: a) La decisión se fundamentó con “*BASE A SUPUESTOS DAÑOS MATERIALES E INMATERIALES INEXISTENTES, QUE NO FUE PROBADO Y QUE NO ES ATRIBUIBLE A MI REPRESENTADA (sic), EN RAZÓN A QUE LA PARTE ACTORA NO PROBÓ LA EXISTENCIA DE UN DAÑO A SU SALUD QUE SEA CONSECUENCIA DEL OBRAR DE LA CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A.*”; b) la sentencia está “*BASADA EN LA EXISTENCIA DE UNA SUPUESTA FALLA MÉDICA – MALA PRAXIS QUE NO FUE PROBADA POR LA PARTE ACTORA, fundamentada en un dictamen pericial parcializado que fue controvertido y objetado desde el primer momento, contrariando los elementos probatorios y especialmente la historia clínica para atribuir responsabilidad a la CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA S.A.*”; c) No se probó “*LA EXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN ENTRE EL SUPUESTO DAÑO ALEGADO Y EL ACTUAR DE MI REPRESENTADA*”, ya que no se “*consideró que ciertas afecciones como la de hipotiroidismo son eventos esperados e inherentes a la enfermedad que presentaba, descalificando la explicación, idoneidad, suficiencia y gran experiencia del médico tratante, para dar suficiente credibilidad al médico general abogado que rindió el peritazgo*”; d) Tenerse en cuenta una pericia “*REALIZADA POR UNA PERSONA QUE NO CUENTA CON LA EXPERTICIA, NI LOS ESTUDIOS PROFESIONALES NECESARIOS*

12 Folios 829 a 833 lb. Expediente híbrido Cdn. No. 1, actuación No. [“0103 RecursoApelacionClinicaSanJose.pdf”](#)

DEBIDAMENTE ACREDITADOS, PARA CONCEPTUAR AL RESPECTO”, pues el perito “NO ES EL PAR IDÓNEO PARA REALIZAR DICHO PERITAJE, PUESTO QUE CARECE DE LAS ESPECIALIDADES Y SUBESPECIALIDADES NECESARIAS PARA TAL FIN”; e) No se valoró “DE FORMA INTEGRAL” el material probatorio adosado oportunamente, de ahí que el a quo se apartó “DE LA REALIDAD CONTENIDA EN PRUEBAS IRREFUTABLES COMO LO ES LA HISTORIA CLÍNICA DE LA PACIENTE, Y DÁNDOLE VALIDEZ A UN DICTAMEN PERICIAL QUE FUE OBJETADO DESDE LA PROPIA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA”; f) Dar “CREDIBILIDAD A LA EXISTENCIA DE UN ERROR EN EL PROCEDIMIENTO QUIRURGICO PARA TIPIFICARLO COMO EL HECHO GENERADOR DEL SUPUESTO DAÑO”; g) Apartamiento de lo “REFERIDO EN LA HISTORIA CLÍNICA DE LA PACIENTE, MEDIO PROBATORIO QUE DEMUESTRA LA INEXISTENCIA DEL ERROR EN EL PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO Y LA VALORACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA ENFERMEDAD PARA PROCEDER COMO LO HIZO EL MÉDICO TRATANTE”; h) Indebida interpretación “AL EXAMEN DE PATOLOGÍA Y A LA AUSENCIA DE EXAMEN DE PATOLOGÍA DE LA PRIMERA CIRUGÍA PARA SOPORTAR LA SENTENCIA Y CONCLUIR CON LAS SUPUESTAS EQUIVOCACIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS MÉDICOS” y, finalmente, i) La decisión dista “DE LA LEY Y PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES EXPUESTOS EN LAS PROPIAS CONSIDERACIONES DE LA MISMA”.

De otra parte, al descorrerse el traslado concedido para sustentar el recurso conforme a lo preceptuado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los inconformes insistieron y desarrollaron lo siguiente:

La llamada en garantía –Seguros Generales Suramericana S.A.–, de una parte, dejó de lado el segundo y cuarto reparo, razón por la que se hace innecesario el estudio de los mismos. Y de la otra, incorporó una nueva inconformidad al censurar que la parte demandante no acreditó “el *nexo causal*”, argumento que, con independencia de que tal circunstancia fáctica estrechamente deba ser analizada con ocasión a lo argumentado por la parte demandada, no puede tenerse en cuenta. Empero, sí sustentó los demás precisando que el “*dictamen pericial elaborado por el señor Julio Cesar peralta (sic)*”, no cumplió “con el contenido mínimo que para este tipo de prueba ordena el artículo 226 del CGP y que será apreciado en los términos del Art. 232 *ibídem* que exige la idoneidad del mismo”, por ende no puede negarse “la

importancia de la especialidad y subespecialidad que debe recaer en el profesional que rinde la experticia”, ya que tal situación apareja “un yerro en la apreciación de la prueba sobre el cual se declara la prosperidad de las pretensiones de la demanda”. Insistió en que las sumas por daño moral “desconocen los topes indemnizatorios”, amén de que en su cuantificación necesariamente debe considerarse la reducción del “porcentaje de pérdida de capacidad laboral que tiene relación exclusiva con el acto médico que da base a la acción de responsabilidad”.

La demandada –Clínica San José de Cúcuta S.A.–, concretamente indicó que “no se evidencia la existencia de prueba alguna que demuestre cabalmente que los supuestos daños alegados por la parte actora, correspondan o sean producto” de su actuar, de ahí que hay “total AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN”. El dictamen que el a quo tiene en cuenta no corresponde a “UN PAR IDONEO CON LAS ESPECIALIDADES Y SUBESPECIALIDADES NECESARIAS PARA RENDIR UN DICTAMEN FIABLE”, lo cual es “sumamente relevante pues invalida totalmente” dicha experticia. Afirma que se encuentra acreditado “que esas afecciones alegadas por la parte actora no” tienen “nada que ver con las intervenciones realizadas (...) y que únicamente (sic) el hipotiroidismo alegado era algo esperado para dicho[s] procedimiento[s]. Que los demandantes no precisaron “de manera concreta en dónde estuvo ese error que produjo un supuesto daño”, el cual debe estar reflejado en la historia clínica. Que resulta ilógico y no tiene “soporte probatorio” la hipótesis de un error o imprecisión del “lado que no debía operarse [en la] garganta”. La valoración del acervo probatorio no es integral, ya que sólo se dio “crédito a lo manifestado por el perito”. Pondera que se desconoció la calenda de la intervención (2007), la que “es fundamental para entender el proceder de los galenos en ese entonces pues la medicina es una ciencia que cambia constantemente y que los procedimientos, así (sic) como las técnicas (sic) y tratamientos que se usen dependen del momento en que nos encontremos, por lo que no es posible decir que para el caso en particular hubo un error porque no se usaron los procedimientos que se usarían (sic) en la actualidad eso es algo ilógico y fue lo que se hizo por parte del perito de la parte actora”. Por ende, “NO SE PROBÓ EN DEBIDA FORMA LA EXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD” de la parte demandada.

2. CONSIDERACIONES

Realizado el control de legalidad que manda el artículo 132 del Código General del Proceso, no se advirtió vicio ni irregularidad alguna que configuren nulidad. Así mismo, se aprecian reunidos los presupuestos procesales requeridos para proferir una decisión de fondo.

Corresponde entonces a la Sala, atendida la limitante que el inciso primero del artículo 328 impone al funcionario de segunda instancia, determinar si, tal y como lo sostienen tanto la parte demandada como la llamada en garantía – impugnantes–, los demandantes no acreditaron que se hubiese incurrido en negligencia en la prestación del servicio médico brindado a la señora Marlene Pabón Álvarez con ocasión a los procedimientos de hemitirectomía derecha e izquierda – intervención quirúrgica complementaria– practicados a aquella en los días 10 y 28 de noviembre de 2007, respectivamente, razón por la cual no existe nexo causal. De no salir avante ese reparo, facultada queda la Sala para verificar si, como lo censura la aseguradora llamada en garantía, el reconocimiento que hiciera el *a quo* a la parte actora por concepto de perjuicios morales no consulta los lineamientos jurisprudenciales del órgano de cierre ordinario.

Para dar respuesta al problema jurídico resulta pertinente evocar que la responsabilidad médica se concibe como la obligación inexcusable que le asiste al prestador de los servicios de salud, de resarcir todo daño que ocasione a la vida o a la integridad del paciente en la aplicación u omisión de cualquier procedimiento terapéutico, quirúrgico o de diagnóstico, que deviene del deber ético y jurídico que les asiste a los actores involucrados, médicos, EPSs e IPSs, de abstenerse de causar daño, estando compelidos a actuar con la debida diligencia y enfilar esfuerzos por la mejoría y bienestar de los pacientes, lo que se conoce como *principio de beneficencia o de benevolencia*.

A las luces de lo anterior, sin dubitación, puede decirse que la responsabilidad surge cuando no se ha observado la diligencia debida en la prestación de los servicios médicos requeridos conforme a la *lex artis*, siendo cardinal distinguir el tipo de obligación asumida por el deudor, esto es, si es de medios o si lo es de resultados. Ello, por cuanto, como lo tiene explanado el Tribunal de Casación, “se generan consecuencias jurídicas concretas, por ejemplo frente al

*tipo de culpa por el cual responde el sujeto pasivo, los eximentes de responsabilidad que podrá alegar en su favor y la carga de la prueba de la diligencia”*¹³

En ese orden, es coherente afirmar que en tratándose de obligaciones de medio, tal y como acaece en este asunto, el deudor “se compromete a poner a disposición su capacidad y habilidades para lograr un desenlace, el cual no se encuentra bajo su dirección exclusiva por existir variables fuera de su mando”¹⁴, de donde se sigue que “el estándar aplicable para que el deudor comprometa su responsabilidad es el de la culpa probada, de allí que el deudor pueda exonerarse del débito indemnizatorio con la demostración de que actuó con la diligencia que le era exigible -ausencia de culpa-, así como por la existencia de una causa extraña -fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima- o de un motivo de justificación de su conducta -legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de una orden de autoridad competente, entre otros-.”¹⁵

Significa lo anterior, que el perjudicado –demandante– se encuentra compelido a “demostrar el actuar imprudente, imperito o negligente del accionado”¹⁶, por manera que si este último aspira ver indemne su actuación, le corresponde “la demostración del factor de exculpación, de acuerdo con los artículos 1604 del Código Civil y (...) 167 del Código General del Proceso”¹⁷.

Ahora, por sabido se tiene que los actos del personal de la salud se registran en un documento de vital importancia que no es otro que la historia clínica, la que, conforme la define la Resolución No. 1995 de 1999 expedida por el antes Minsalud, hoy Ministerio de Salud y Protección Social, registra “cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención” (Subraya la Sala). Por ende, esta es el canal de comunicación eficiente entre aquellos, de donde se sigue que para no truncar dicha transmisión de la información esa disposición manda en su artículo 5 que el documento “*debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma*”.

13 SC4786-2020, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, 7 de diciembre de 2020.

14 *Ibidem*.

15 *Ib.*

16 *Ib.*

17 *Ib.*

Luego, la herramienta probatoria fundamental, para la determinación del hecho dañoso o falla médica, indiscutiblemente la constituye la historia clínica, la que como lo expone nuestro Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria “... *consigna de manera cronológica, clara, precisa, fidedigna, completa, expresa y legible todo el cuadro clínico en las distintas fases del acto médico desde su iniciación hasta su culminación. Trátase de un documento probatorio sujeto a reserva o confidencialidad legal cuyo titular es el paciente y cuya custodia corresponde al profesional o prestador de salud, al cual puede acceder aquél, el usuario, las personas autorizadas por éstos, el equipo de salud y las autoridades competentes en los casos legales, **que ostenta una particular relevancia probatoria para valorar los deberes de conducta del médico, la atención médica al paciente**, su elaboración en forma es una obligación imperativa del profesional e instituciones prestadoras del servicio, y su omisión u observancia defectuosa, irregular e incompleta, entraña importantes consecuencias, no sólo en el ámbito disciplinario sino en los procesos judiciales, en especial, de responsabilidad civil, por constituir incumplimiento de una obligación legal integrante de la respectiva relación jurídica*”¹⁸ (Resalta la Sala).

En esta oportunidad, teniendo en cuenta que, de una parte, los demandantes tildan que la prestación del servicio de salud brindado a la señora Marlene Pabón Álvarez en la Clínica San José de Cúcuta S.A. cuando acudió a esta por remisión que le hiciera la dependencia de Sanidad de la Policía Nacional por un cuadro de insania en su órgano de tiroides es inadecuada, en la medida que las intervenciones quirúrgicas practicadas generaron “*disminución del funcionamiento normal de las glándulas de la Tiroides y de la paratiroides*”, y de la otra, el centro sanatorio se resiste a ese señalamiento, pues, según asevera, “*obró con inmediatez, oportunidad, diligencia y pertinencia en la valoración e intervención quirúrgica*”, imperioso resulta para la Sala determinar entonces si en la prestación del servicio médico brindado a la citada accionante desde aquél 10 de noviembre de 2007, cuando acudió con ocasión de aquella remisión y le fue practicada la “*hemitiroidectomía derecha*”, se aplicaron todas las herramientas diagnósticas y paliativas que su cuadro clínico exigió conforme el cumplimiento de los cánones de la *lex artis*, a efectos de determinar si, indiscutiblemente, se encuentra acreditado que la extirpación de la totalidad de la glándula tiroidea que culminó con la

18 Sent. Cas. Civ. del 17 de noviembre de 2011, M.P. Willian Narmén Vargas

intervención “*complementaria*” del 28 de noviembre de 2007, que es el daño imputado al extremo pasivo, es el resultado de un negligente proceder galénico.

Para el efecto, pertinente resulta para la Sala apoyarse en lo consignado en las “*GUÍAS DE PRÁCTICA CLÍNICA EN ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS*”, 2ª Edición, del Instituto Nacional de Cancerología Bogotá, D.C. marzo de 2001¹⁹, vigente para la época de los procedimientos recriminados, toda vez que esta guía orienta sobre el tratamiento de aquellas formaciones anormales en algunas partes del cuerpo donde se constituyen tejidos nuevos de condiciones tumorales, benignos o malignos, y por su puesto entre esas está el cáncer de tiroides, que es el diagnóstico que originó el manejo de los procedimientos quirúrgicos que dieron lugar a la extirpación de la glándula tiroidea de la señora Marlene Pabón Álvarez.

Pues bien. De la lectura cuidadosa de esa Guía, puede extractarse que el cáncer de tiroides se diagnostica bajo tres formas de presentación clínica: i) “*nódulo tiroideo: único (forma de presentación más frecuente) o dentro de una glándula con varios nódulos*”, ii) “*adenopatía cervical metastásica*” y iii) “*metástasis a distancia (a pulmón y a hueso)*”. Precisando que “**El estudio del nódulo en tiroides es la base para el diagnóstico del cáncer de tiroides**”. Siendo la “*biopsia por aspiración con aguja fina (BACAF)*” el método preferido, ya que es un “*procedimiento sencillo y de bajo riesgo, el cual se puede realizar bajo guía ecográfica*”. (Subraya y resalta la Sala)

El resultado o reporte citológico de ese procedimiento de BACAF puede ser y da lugar a lo siguiente: i) “**Sugestivo o conclusivo de malignidad: el manejo es quirúrgico**”; ii) “*Benigno: no siempre descarta la posibilidad de manejo quirúrgico*”; iii) “*Inespecífico (por material insuficiente): repetir el aspirado*”; iv) “**Lesión folicular: es indicación para una gamagrafía tiroidea**, puesto que los nódulos hipercaptantes no requieren cirugía por tratarse de adenomas tiroideos. Los nódulos hipocaptantes deben operarse, ya que para (...) diferenciar entre carcinoma y adenoma de tipo folicular es necesario el estudio de la pieza patológica completa. La BACAF, como la ecografía de cuello y la citología son procedimientos cuyo éxito es operador-dependiente.”

19 Fuente: <https://www.cancer.gov.co/files/libros/archivos/Guias>

En cuanto al tratamiento interdisciplinario, el procedimiento **“de elección para el carcinoma diferenciado de tiroides [CDT] es la cirugía. La extensión de la resección quirúrgica debe ser apropiada para el nivel de riesgo asociado con el tumor”**. Y precisa la guía que en pacientes con bajo riesgo²⁰ que son “sometidos a un procedimiento quirúrgico completo, la mortalidad por cáncer de tiroides oscila entre 0,7% y 13% a 15 años, mientras que en pacientes con alto riesgo es de 48% a 8 años. La persistencia de enfermedad tumoral por una cirugía incompleta disminuye la curva de supervivencia en un 60% a cinco años.” (Resalta la Sala)

Esta intervención quirúrgica cuenta con 3 principios básicos que son: “1) Debe extirparse todo el tumor macroscópico 2) No es necesario dejar bordes amplios [y] 3) **No deben sacrificarse estructuras normales**” (Subraya y resalta la Sala).

En lo que respecta a la evaluación preoperatoria, enseña la guía que “Todo paciente que requiera tratamiento quirúrgico debe someterse a los siguientes estudios preoperatorios:

1) “Exámenes de laboratorio: i) Hemograma: proteína y albúmina sérica”, ii) “Pruebas de coagulación (TP, TPT)”, iii) “Pruebas de función renal y glicemia” y iv) “Examen de orina”.

2) “Estudios especiales: i) “Nasofibroscopia por imposibilidad para visualizar la laringe por laringoscopia indirecta, documentando movilidad de los pliegues vocales”, ii) “Radiografía de tórax”, iii) “TAC o RM (por sospecha de extensión a órganos extratiroides)”, iv) “Esofagoscopia y esofagograma (sospecha de infiltración esofágica)”, v) “Electrocardiograma (según indicación preanestésica)” y vi) “Pruebas de función respiratoria”.

Y en cuanto a la cirugía, recomienda la guía cuatro (4) procedimientos, pero importan en esta oportunidad los 2 primeros que se contraen a lo siguiente:

1. Hemitiroidectomía con congelación intraoperatoria (lobectomía más istmectomía): se recomienda en los casos en que el diagnóstico citológico de

²⁰ “La supervivencia global a 10 años para adultos de mediana edad con CDT, sometidos a un tratamiento inicial adecuado, está entre el 80% y 95%; 5% a 20% desarrollan recurrencias locales y 10% a 15% hacen metástasis a distancia. La mortalidad varía significativamente según el estado TNM, con un rango de 1,7% para estados I, hasta 60,9% para estados IV.”

carcinoma papilar es sospechoso, pero no conclusivo. Este procedimiento es aceptado como tratamiento definitivo en carcinoma micropapilar y carcinoma oculto (tumor menor de 1 cm, distante del istmo, de localización periférica, sin invasión de la cápsula).

“2. Tiroidectomía total: es el procedimiento quirúrgico de elección para el carcinoma de tiroides. Deberá incluir la resección de los dos lóbulos tiroideos y el istmo, con preservación de los nervios laríngeos recurrentes, laríngeos superiores y las glándulas paratiroides. Este procedimiento se puede acompañar de disección cervical central ante sospecha de enfermedad metastásica en el primer relevo ganglionar; éste incluye la extirpación de los ganglios del nivel VI (ganglios pretraqueales, mediastinales superiores, délficos, recurrentiales, y del surco traqueoesofágico” (Negrilla propia del texto – Subraya de la Sala)

En tratándose “de carcinomas altamente invasores” el Instituto Nacional de Cancerología recomienda la conducta de “la tiroidectomía total, con disección ganglionar mediastinal superior”. Y “En los carcinomas papilares menores de 1 cm se puede realizar tiroidectomía casi total, definida como la lobectomía total en el lado de la lesión, istmectomía y lobectomía subtotal contralateral. **En los carcinomas foliculares altamente invasores se hace rutinariamente la tiroidectomía total, más vaciamiento central.**” (Subraya y resalta la Sala)

Entre las ventajas de la tiroidectomía casi total o total son: i) “Remoción del cáncer primario y de posibles focos adicionales en el mismo lado (80% de casos) y en el contralateral (20% a 30% de casos)”; ii) “Eliminación de la baja probabilidad que existe de que un foco de cáncer residual, papilar o folicular, sufra transformación a carcinoma anaplásico”; iii) “Permitir, a través del hipotiroidismo resultante, la preparación de los pacientes para el rastreo corporal con I131”, es decir, tratamiento con yodo; iv) “Permitir que el I131 [esto es, tratamiento con yodo,] administrado con fines terapéuticos sea empleado específicamente para erradicar metástasis, en vez de cantidades significativas de tejido tiroideo residual normal” y v) “Permitir el empleo de la tiroglobulina sérica como marcador de recurrencia tumoral.”.

Advierte el documento que en la etapa del tratamiento con yodo –Radiactivo– se debe distinguirse entre ablación y terapia, toda vez que, la primera, corresponde a la administración de ese componente con el objetivo “de destruir el remanente de tejido tiroideo sano y/o la enfermedad microscópica residual, en pacientes

sometidos a una tiroidectomía por CDT”, en tanto en la segunda, se da para aquellos pacientes “con diagnóstico de metástasis de CDT, con o sin remanente de tejido tiroideo sano, en quienes se demuestre avidez de las lesiones por el yodo radiactivo bajo niveles de TSH ≥ 30 mU/L.”

Posteriormente, “El crecimiento de las células tumorales es controlado por la tirotropina (thyroid stimulating hormone, TSH) o hormona tiroidea; “la inhibición de esta hormona con tiroxina reduce la tasa de recurrencia y mejora el tiempo de supervivencia. Todos los pacientes deben recibir dosis supresivas, lo cual implica mantener la concentración sérica de TSH en $\leq 0,5$ mU/L”. Y, la radioterapia, “Puede emplearse como tratamiento paliativo único en pacientes con CDT considerado inoperable. Sirve como complemento a la yodoterapia en pacientes con enfermedad macroscópica residual irresecable y para el manejo de las metástasis óseas radiológicamente evidentes.”

Finalmente, “El seguimiento se hace con intervalos de tiempo ajustados a las características de cada caso, mediante exámenes paraclínicos periódicos y determinaciones de los niveles séricos de TSH, tiroglobulina (Tg) y anticuerpos antitiroglobulina”.

Atendiendo pues tales recomendaciones y según se refleja en la historia clínica (vista de manera reiterada y parcial a los folios 15 al 26, 40 al 50, 54 al 64, 75 al 86 del cuaderno principal aportada por la parte demandante, como también, pero ahí sí de manera íntegra del folio 347 al 379 ibídem adosada por la Clínica San José de Cúcuta S.A.), pero destacando que la señora Marlene Pabón Álvarez en modo alguno disiente de la remisión efectuada por Sanidad de la Policía Nacional al cirujano José Edgar Salgar Villamizar, se tiene que la citada paciente fue programada y se le realizó por el indicado facultativo procedimiento quirúrgico de hemitiroidectomía derecha el día 10 de noviembre de 2007, pues presentaba “Nódulo frío del lóbulo derecho del tiroides”, cirugía que conforme la “DESCRIPCIÓN QUIRÚRGICA” oteada a folio 356 no presentó ninguna anomalía, y tuvo como “Hallazgo Tejidos con fibrosis Difícil disección tiroidea”.

De conformidad con las “NOTAS DE ENFERMERÍA”, esa cirugía terminó a las 2:30 del día 10 de noviembre de 2007, momento en el que las auxiliares dejaron constancia, entre otras, que la paciente contaba con “hoja de patología”. Y a las

7:00 P.M del mismo día, cuando se encontraba en “*recuperación*”, fue entregada al turno entrante de auxiliares dejándose registro de la “*Entrega [de] 1 patología y orden [a] patología*”, así como la “*carpeta con paraclínicos*” (folio 351 y vuelto).

Tal procedimiento, dio lugar a mantener hospitalizada a la señora Marlene Pabón, observándose en la “*HOJA DE EVOLUCIÓN*” del día 11 de noviembre, a las 11:07, cuando estaba en cama 616A, que la “*paciente refiere disnea grado III/IV*”, y que su estado es “*consciente, orientada, hemodinámicamente estable*” con “*buen tono*” y “*Herida en Buen Estado*”, con “*abdomen blando no dolor. Extremidades sin edemas. SNC (Sistema Nervioso Central) sin déficit*”, consignándose “*Salida mañana*”.

No obstante, llegado el día siguiente –12 de noviembre de 2007–, la “*Paciente refiere leve mejoría de disnea expectoración*” y tiene la “*Herida Quirúrgica en Buen estado*”, ante lo cual el médico tratante ordena “*RX de Tórax*”, “*BK (BK esputo seriado²¹) guiado y gran de espectro*”, y “*suspende salida*” (folio 348 Cdno. Ppal.). Tales exámenes, valga indicar, se encaminaban a orientar sobre esa afección en la vía respiratoria que presentaba la enferma.

El 13 de noviembre, la “*paciente refiere mejoría de disnea y mejoría de expectoración. Tolerando vía oral*”, con resultado del examen de rayos X que arrojó “*infiltrados interficiales predominio basal*”, pero al ser la “*evolución favorable*”, se decide su “*Salida*” (tras folio 348 Cdno. Ppal.).

Es de anotar que las auxiliares de enfermería indicaron que ese día en que se dio la salida, pero a la hora de las 7:00 AM, aun se encontraba “*P/ E. patología*”, es decir, se encontraba pendiente la remisión de la muestra disecada en el procedimiento para estudio patológico (folio 348 Cdno. Ppal.), situación de la que se vuelve a tener noticia, conforme al resultado patológico que más adelante se indicará, hasta el día 28 de noviembre de 2007.

De esa manera, teniéndose por satisfactoria la recuperación de la señora Marlene Pabón Álvarez, en su primera intervención, egresó de la Clínica San José de Cúcuta S.A. el día 13 de noviembre de 2007.

21 “Es un examen de laboratorio que busca microbios que causan infección. El esputo es el material que sale de las vías respiratorias cuando usted tose profundamente”. Fuente: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/003723.htm>

Ahora, en las documentales adosadas no obra vestigio de haberse indicado a la paciente en ese egreso sobre signos de alarma y recomendaciones ni, de ser el caso, cuándo debía volver a control médico. Empero, esta visita al cirujano que no debió ser superior al día 19 de noviembre de 2007, toda vez que en esa calenda el facultativo tratante emitió una comunicación a la *“Policía Nacional”*, en la que informaba que había practicado a *“La Sra marlene Pabón (...) Hemitiroidectomía derecha [y que] reporta al estudio patológico de la pieza quirúrgica CARCINOMA FOLICULOPAPILAR DEL TIROIDES y necesita completar su tratamiento con CIRUGÍA hemitiroidectomía izquierda”*, por lo cual solicitaba *“autorizar su tratamiento quirúrgico”* (folio 372 bis).

Así, sin más, el día 28 de noviembre de 2007, según la *“DESCRIPCIÓN QUIRÚRGICA”*, que, pertinente sea destacar, adolece de firma del facultativo que la diligenció y además presenta tachones, infringiéndose de tal modo los cánones sobre su diligenciamiento, se realizó a la señora Marlene Pabón Álvarez, por parte del *“Dr. González”* acompañado de su *“ayudante Dr. E Salgar”*, bajo un diagnóstico de *“C.A. (Cáncer) de tiroides”* que hasta ese momento no existía pues ni siquiera se había allegado resultado de la primera patología, el procedimiento quirúrgico de *“hemitiroidectomía izqda (izquierda)”*, teniéndose como *“Hallazgo: Lóbulo izqdo. (izquierdo) del tiroides Aparente normal”* (folio 377 Cdno. Ppal.).

Llama poderosamente la atención que las notas de enfermería indican que ese día –28 de noviembre de 2007– a las 7:30 de la mañana, la paciente Marlene Pabón *“Ingresa (...) para procedimiento Qx (quirúrgico) del Dr. E. Salgar”*, y que a las 8:00 A.M. es *“El Dr. E. Salgar [quien] inicia [ese] procedimiento”*, culminando a las 9:00 A.M. del mismo (folio 363 Cdno. Ppal.).

Además, con independencia de que en el primer procedimiento el médico cirujano fue el médico Edgar Salgar Villamizar, y en este supuestamente el *“Dr. González”*, no deja de ser una situación particular, como por darle un calificativo, que en las hojas de evolución (folios 360 y vuelto), sea el primero de los aquí indicados, y no el segundo, quien estuvo atento a la recuperación de la paciente, cuando lo apropiado es que quien interviene quirúrgicamente se encarga de vigilar la mejoría del operado.

En fin, tales inconsistencias llevan a colegir que quien ejecutó la segunda intervención fue el médico cirujano Edgar Salgar Villamizar, y no el “Dr. González” como se afirma por la parte demandada. Es por ello que, conforme se consignó en la “HOJA DE EVOLUCIÓN” del día 29 de noviembre de 2007, “1 día de Estancia”, el galeno que realizó el procedimiento visitó, a las 08:30 AM, a su paciente, quien cursaba el seguimiento intrahospitalario en la cama 511B, y advirtió que presenta “Dolor leve en región de herida cervical. Tolerando vía oral. Consciente, alerta, Buen estado general”, con la herida quirúrgica en cuello “en buen estado. (...) pulmones buena ventilación”, abdomen “blando no doloroso” y extremidades sin edemas, concluyendo que se encontraba “estable [y] buena sintomatología”.

En los días siguientes –30 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2007–, en las rutinas matutinas de esa estancia por parte del cirujano tratante, la señora Pabón Álvarez se encuentra en similares condiciones a las del primer día, solo que en el 2 día presentó “Hipocalcemia 3.41 (N4.2-5.4)”, por lo que le ordenó calcitriol y también micronebulizaciones; al tercero día, pese a que se encontraba con calcemia en “7.1 (N 8.4-10.1)^{↓↓}” dispone continuar la aplicación de calcio y avizora “probable salida mañana”, la que en efecto acaeció, pues la paciente continuó “estable, con evolución satisfactoria”.

Además, se observa en las notas de enfermería que la ordenes médicas dadas por el galeno fueron atendidas, amén de que en estas, al igual que en las anteriores, desde el mismo día de la intervención quedó consignado que la paciente, al salir del procedimiento quirúrgico y pasar a habitación, contaba “con H (Historia) clínica patología + hoja de patología”, la que hasta las “7am” del día 29 de noviembre estaba “P/ Enviar patología”, luego de lo cual no media en las notas auxiliares de enfermería información sobre su remisión, lo que es indicativo de que probablemente se remitió al experto en patología.

Ahora, el 28 de noviembre de 2007 se solicitó al Dr. Leandro Galvis Moreno, Médico Patólogo, realizar examen histopatológico, recibéndose la muestra por parte de este facultativo al día siguiente –29 de noviembre de 2007–. Sin embargo, debe acotarse que lo enviado para ese estudio corresponde a la muestra obtenida en la primera intervención (10 de noviembre de 2007).

Ciertamente. El “**RESULTADO DEL ANÁLISIS HISTOLÓGICO**” con consecutivo No. 28147 y con fecha de salida del laboratorio del día 6 de diciembre de 2007, da cuenta de lo siguiente: “**MATERIAL ENVIADO: TIROIDES**”, “**MEDICO: SALGAR E.**”, “**DIAGNOSTICO CLÍNICO: C.A. TIROIDES**”, al que el laboratorio de patología realiza “**EXAMEN MACRO**” de “**lóbulo del tiroides que mide 3.5x1.5x1cms. La zona quirúrgica mide 1x0.4cms. Es discretamente nodular. Al corte no se ve lesión macroscópica, se procesan cortes representativos**”. Y el resultado obtenido es: i) “**LÓBULO TIROIDEO DERECHO NORMAL**”, ii) “**TEJIDO PERITIROIDEO CON UNA PARATIROIDES**”, iii) “**LOBECTOMÍA DERECHA DEL TIROIDES. Nota. No hay carcinoma papilar en el muestreo**” (subraya y resalta la Sala).

También hace parte de la historia clínica el resultado de “**Medicina Nuclear**” practicado a la señora Marlene Pabón el día 16 de enero de 2007 (folio 379 Cdn. Ppal.), esto es, 10 meses antes del primer procedimiento quirúrgico, mediante el cual se realiza una “**GAMAGRAFIA DE TIROIDES con Tc99m**” ante remisión de la “**POL NAL / CLINICA SAN JOSE**”, examen este en el que el doctor Jorge Omar Pabón L., Médico Nuclear, indica que los “**HALLAZGOS**” encontrados con ocasión a “**la imagen obtenida de la glándula tiroidea revela las siguientes características gamagráficas**”:

“1.- Situación: Normal.

“2.- Tamaño: Ligeramente incrementado.

“3.- Forma: Asimétrica.

“4.- El lóbulo izquierdo de la glándula presenta homogeneidad en el patrón de concentración del radiofármaco. **En el lóbulo derecho** se observa una imagen nodular captante del radiofármaco, en su polo inferior, siendo gamagráficamente frío el resto de este lóbulo, que coincide con el nódulo que el paciente presenta al examen clínico del cuello”, de donde interpretó: “**Estudio gamagráfico tiroideo en el que se demuestra nódulo gamagráficamente frío que depende del lóbulo derecho de la glándula**”. Y es de denotar que este documento no fue tachado de falso por la parte demandante (Subraya y resalta la Sala).

Del anterior análisis de la principal prueba documental incorporada, fluye entonces que a la señora Marlene Pabón Álvarez, contrario a lo indicado por la juez a quo e incluso por la misma parte actora, en el primer procedimiento quirúrgico no acaeció ninguna falla médica. No obstante, no puede predicarse lo mismo respecto a la segunda cirugía. Véase porqué.

Ante todo, debe tenerse muy en cuenta que la parte demandante enrostra como imprecisión en la primera cirugía, que el galeno que la intervino, doctor Edgar Salgar Villamizar, le realizó el procedimiento sin los exámenes previos pertinentes de existencia de nódulo tiroideo. Empero, resulta relevante que no censure la remisión que hiciera Sanidad de la Policía Nacional el día 29 de octubre de 2007 para el procedimiento de hemitiroidectomía derecha, que fue presentada en la Clínica San José el 6 de noviembre de 2007²².

Nótese que el traslado al especialista en cirugía por la entidad remitente, tiene por objeto extraer el lóbulo tiroideo derecho, el que, conforme a la gammagrafía reseñada, presentaba *“nódulo gammagráficamente frío”*, lo que, según indicó el referido facultativo en su testimonio recaudado a instancia de la parte demandante, es *“altamente sugestivo de malignidad”*, por lo que requería de extracción quirúrgica. Luego, no es de recibo que se tilde de inusual que el cirujano no hubiese ordenado los exámenes de los que se duele la parte actora, pues, se insiste, estos son previos a la remisión que le hiciera la EPS a la que estaba afiliada la paciente, y precisamente esa orden no fue objeto de discrepancia.

De conformidad con la guía traída a colación en líneas anteriores, puede decirse que para aquél entonces, e incluso en tiempos actuales, los exámenes de biopsia por aspiración con aguja fina, ecografía de cuello o citología que echan de menos los actores, no eran del resorte del médico cirujano, salvo, claro está, que advierta alguna deficiencia en la remisión. Ello, en razón a que estos corresponden a otra especialidad –Endocrinólogo– y son preliminares al direccionamiento al cirujano. Por lo tanto, una vez enviado el paciente al cirujano, no advirtiendo irregularidad, le compete a éste disponer los estudios preparatorios para su intervención, esto es, los exámenes de laboratorios y los estudios especiales que puntualiza la guía, los cuales, en esta ocasión, reitérese, al no mediar censura por la parte actora para la realización de la primera intervención, han de tenerse por practicados pues la ausencia de reproche es señal indubitable de que se realizaron, y de no entenderse así, daría lugar a sorprender a la parte demandada con una circunstancia no endilgada en el escrito de demanda, lo cual es inadmisibile.

22 Folio 57, expediente híbrido, segunda instancia, cuaderno No. 5, actuación denominada No. [“021poderadoDemandadoInformaCumplimientoRequerimiento.pdf”](#)

De esa manera, respecto a la primera intervención quirúrgica, o sea, a la hemitiroidectomía derecha, no existe duda de que la misma fue practicada y realmente fue extraída dicha parte de la glándula tiroidea (derecha), ya que **el resultado patológico** –Examen No. 28147 recibido el 29 de noviembre de 2007– claramente confirma que fue analizado el lóbulo derecho de la tiroides, siendo vital acotar que **no arrojó resultados de carcinoma**. Luego, la hipótesis de la parte actora sostenida bajo la afirmación de que el galeno le informó de un yerro en cuanto al lado de extirpación (haber extraído el lóbulo izquierdo en la primera intervención) se queda en mera especulación. Es más, el mismo galeno infirmó enfáticamente tal aseveración manifestando en su testimonio que *“nunca he dicho eso”* y categóricamente calificó que ese aserto le *“parece absurdo”* (Minuto 38:02 a 38:11 DVD obrante a folio 780).

Súmese a lo dicho, que con las pruebas documentales no se encuentra acreditada la supuesta imprecisión de no haberse extirpado el lóbulo tiroideo derecho, y el galeno demandado en su declaración nunca vaciló en indicar que extirpó la parte que indicaba el reporte de medicina nuclear del 16 de enero de 2007 había sido examinada, es decir, el lóbulo derecho, cuyo resultado evidenciaba que se mostraba *“gammagraficamente frío”*, lo cual, para entonces, como lo afirmó el galeno, *“era altamente sugestivo de malignidad y estaba (...) autorizado para hacer la extirpación de ese tiroides en donde estaba el nódulo”*. Además, dada su experiencia, precisó que palpó el nódulo al examen físico, y no es normal que la glándula tiroidea se inflame y produzca los síntomas presentados por la señora Marlene Pabón. Por lo tanto, para la Sala no queda duda que en la primera intervención se extirpó la parte derecha de la glándula tiroidea, especialmente si en cuenta se tiene que, conforme a las notas de enfermería de la segunda intervención, hasta el 29 de noviembre de 2007, la patología no había sido remitida y el 1° de diciembre, según esas notas de los auxiliares de enfermería, se encontraba pendiente ese resultado (folio 367 del expediente físico).

Empero, no ocurre lo mismo con el segundo procedimiento quirúrgico, toda vez que, según lo informó el médico cirujano tratante y así quedó documentado con la solicitud realizada por este para intervención complementaria (19 de noviembre de 2007, Hemitiroidectomía Izquierda), existía un *“informe”* según el cual el resultado de patología del lóbulo derecho presentaba un carcinoma folicular, o, como lo dijo al

testificar²³, un “*reporte (...) en la historia clínica para tomar la segunda decisión de que había recibido un cáncer folicular del tiroides y por eso se tomó la segunda decisión*”, lo que claramente lo habilita para esa complementación pues el riesgo de metástasis es elevado.

Sin embargo, conforme quedare anotado anteriormente, el resultado patológico, de un lado, no existía antes de la segunda intervención quirúrgica, y del otro, no es de las condiciones que consignó para ejecutar el segundo procedimiento, por manera que la información que dice le fue suministrada no compagina con lo que arrojan las pruebas documentales que militan en el expediente. Es más, aseguró el galeno tratante en su declaración que la señora Marlene Pabón desde antes de la primera intervención era hipotiroidea e hizo alusión a un examen o historia clínica de la entidad Comfanorte, misma que al ponérsele de presente por la juez a quo (obra a folio 194 Cdo. Ppal.), advirtió que esa era, que “*la información que [él] tenía era esa*”, pero atónito quedó al verificar que dicho documento data del año 2012, es decir, que no existía para el momento de la segunda intervención quirúrgica, como tampoco de la primera.

Ante tal circunstancia, volvió la juzgadora de instancia a inquirirlo sobre si aún consideraba que la señora Marlene Pabón Álvarez era hipotiroidea antes de las cirugías, frente a lo cual contestó que “*probablemente no*”, pero estimó “*posible*” que esa patología se desencadenara por los procedimientos. Y es evidente que sí, ya que a la paciente le fue practicada finalmente una hemitiroidectomía total en dos tiempos, sin que la del segundo no tenga justificación médico-científico alguna.

Así las cosas, no puede menos que colegirse que el doctor Edgar Salgar Villamizar sometió a la paciente a un procedimiento que no debía experimentar y agravó su condición clínica a tal punto que aumentó las probabilidades de ser hipotiroidea y quedar dependiente de la hormona tiroidea, máxime si en cuenta se tiene que al plenario no se arrimó elemento de convicción, puntualmente examen de patología del lóbulo tiroideo izquierdo, que ponga de presente que padecía cáncer para de esa manera quizás tornar en valedera la justificación que motivó al galeno a ejecutar la segunda extracción.

23 DVD obrante a folio 780, récord de grabación 00:30 a 02:20:21.

Además, no resulta de recibo la aseveración de la parte demandada según la cual, por el hecho de que a la señora Marlene Pabón Álvarez se le suministró tratamiento complementario con yodo se encuentra explicada la segunda cirugía ya que ello sería indicativo de haber sido tratada de estar afectada de cáncer, pues, itérese, no media resultado patológico que acredite el carcinoma de tiroides que, al decir de la demandada, determinó el segundo procedimiento quirúrgico.

Y no se diga que ante la falta de la obtención del dictamen pericial decretado de oficio por esta Superioridad –auto del 27 de agosto de 2020²⁴– queda sin sustento la anterior valoración probatoria, pues ha de verse que precisamente el facultativo designado por la Universidad Industrial de Santander “UIS”, doctor Álvaro Antonio Herrera Hernández, *“Cirujano de Cabeza y Cuello experto en el tema”*, advirtió que *“la epicrisis carecía de información suficiente”*, y en punto de la segunda cirugía, indicó que la historia clínica adolece de las *“notas de los controles postoperatorios de la segunda cirugía, y posterior a la supuesta administración del Yodo radioactivo, imágenes de Ecografías, o Tomografías; nota de la administración del Yodo radioactivo”*, por lo que no puede *“emitir adecuadamente un concepto sobre el caso del peritazgo solicitado”*. Por lo tanto, la indebida colección de la documental analizada, solo permiten colegir que la parte demandante acreditó *“el actuar imprudente, imperito o negligente del accionado”*, quien no logró demostrar que *“actuó con la diligencia que le era exigible”*, como lo concluyó la jueza a quo.

Ahora, en cuanto al dictamen pericial que obra en el plenario, el cual en cierta manera indica una falla galénica, no es factible acogerlo para determinar el nexo de causalidad entre el hecho dañoso y la falla médica reclamada, ya que, como lo recrimina la llamada en garantía y de algún modo la demandada, el perito, entre otros, no acreditó con su informe las credenciales o *“documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifican la respectiva experiencia profesional”* como lo manda el numeral 3 del artículo 226 C.G. del P., todo lo cual declina su idoneidad. Aunado a ello, el facultativo que intervino a la paciente es especializado en cirugía general y el perito no lo es, sin que pueda verificarse su especialidad ante la ausencia de credenciales sobre el particular, siendo fácil entonces concluir que, como lo esgrimen los recurrentes, no es el par idóneo para calificar la falla médica, todo lo cual desdibuja aún más su

24 Expediente híbrido, segunda instancia, cuaderno No. 5, actuación denominada No. [“017Auto20200827PruebaOficio”](#)

competitividad, tanto que en su informe tuvo por cierto que en la primera intervención se extirpó el lóbulo tiroideo izquierdo, lo que, como quedó discernido, no acaeció. Así las cosas, la Sala no acoge ese dictamen, sin que por ello se decline el análisis y las conclusiones a las que se arribó anteriormente.

De esa manera, se avizora el acto u omisión en que se afirma incurrió la convocada a juicio, y por lo mismo, el daño reclamado resulta ser consecuencia del incumplimiento que se le atribuye, especialmente, por cuanto, como se dijo, el actuar galénico de extraer el lóbulo izquierdo de la glándula tiroides de la paciente sin un criterio científicamente demostrado sino cimentado en una información errónea, ciertamente compromete su responsabilidad.

Comprobado así el actuar culposo de la accionada, como quiera que se acreditó que en su obrar se contrarió, se desconoció o desatendió la *lex artis*, no se abre paso el reparo de los recurrentes edificado en la ausencia de acreditación de responsabilidad.

Visto lo anterior, y no encontrándose censurada la cuantificación del daño por lucro cesante y futuro, sino solo el reconocimiento por concepto de daño moral del que se dice no consulta con los parámetros jurisprudenciales del Tribunal de Casación y que constituye el segundo problema jurídico a desatar, se prosigue con su análisis.

En primer lugar, en tratándose del perjuicio moral, es sabido, conforme lo tiene dicho la jurisprudencia patria, que el asunto queda sometido al criterio del funcionario judicial sin que exista una prueba específica para determinar su cuantía, o sin que sea determinable por un experto en la materia.

De cara al tópico, la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“(...) en sentido lato, está[n] circunscrito[s] a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo” (...), o sea, son daños pertenecientes al ámbito de los padecimientos del ánimo, las sensaciones, sentimientos, sensibilidad, aptitud de sufrimiento de la persona y por completo distintos de las otras especies de daño”²⁵.

25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. William Namén Vargas, 18 de septiembre de 2009, radicado 20001-3103-005-2005-00406-01.

Y es que el resarcimiento de ese tipo de daño *“no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse in casu con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado arbitrio iudicis, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador”*²⁶. (Resalta la Sala)

Para el efecto, según se puede dilucidar del interrogatorio rendido por los demandantes, su aflicción, sufrimiento y congoja dimanaban de manera natural por el hecho de que la víctima directa, Marlene Pabón Álvarez, quien es compañera permanente, madre y hermana, respectivamente, fue sometida a una intervención que, bajo el convencimiento de un desatino en la primera intervención, no debió realizársele, lo cual la trastorna y aflige hondamente, máxime cuando fue sometida a recibir tratamiento con yodo, y ello ocasionó aislamiento de sus familiares en su misma casa, por 15 días, viéndose compelida a comer en platos desechables para arrojarlos a la basura, lo que tuvo que hacerse también con la ropa que usó, situación que la marcó grandemente dada la relación familiar estable y amorosa que entre todos se prodigan, de donde se sigue que es natural que todos hubiesen padecido el desasosiego que una circunstancia de tal talante ocasiona. Además, esa presunción de dolor que ampara a los familiares cercanos, no fue desvirtuada por la llamada a responder por el daño irrogado.

Bajo ese espectro, debe recordarse que para mitigar el menoscabo producido por el hecho dañoso, ha de tenerse en cuenta que el tope máximo fijado por nuestro Tribunal de Casación en sentencia SC5686-2018²⁷, con ponencia de la Magistrada Dra. Margarita Cabello Blanco, se establece en una suma razonable de \$72'000.000,00 frente a circunstancias donde el inmenso dolor se vea reflejado **“en la ferocidad y barbarie de las acciones padecidas”** (resalta la Sala), monto que es asignable, conforme se anotara en la citada decisión, a *“los demandantes a raíz del fallecimiento de padres, hijos, esposos y compañeros permanentes, la mitad de ese valor para hermanos, abuelos y nietos y la cuarta parte para el resto de parientes”*.

Luego, la condena impuesta por el a quo a favor de la víctima directa Marlene

²⁶ Ejusdem.

²⁷ Del 19 de diciembre de 2018, radicación No. 05736-3189-001-2014-00042-01.

Pabón Álvarez, por la suma de \$30'000.000,00 M/cte, a las víctimas indirectas en calidad de hijos, señores Leidy Johanna Galvis Pabón, Sergio Luis Galvis Pabón y Luis Carlos Ibarra Pabón, así como a Luis Elieser Galvis Ramírez en su condición de compañero, permanente por valor de \$20'000.000,00 M/cte para cada uno, y a Myriam Rosa Pabón Álvarez en monto de \$10'000.000,00 M/cte., en estrictez se acompasa con los estándares de tasación anteriormente indicados, por cuanto, si bien es cierto la señora Marlene Pabón no falleció en las intervenciones ni posterior a estas, no se compadece que haya sido sometida a una intervención sin justificación clínica; y como el monto máximo se encuentra previsto para eventos por fallecimiento y la citada, como se acotó, sobrevivió, ello torna proporcionada la tasación de ese perjuicio.

Bajo ese orden argumentativo, al quedar acreditada la falla en la prestación del servicio de salud brindado a la señora Marlene Pabón Álvarez, claro es que quedó demostrada la responsabilidad civil médica, razones que imponen acceder a las pretensiones de la demanda. Y como a igual conclusión arribó la falladora de primer nivel, pero bajo otros argumentos, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia proferida el veintidós (22) de octubre de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta pero por las razones aquí consignadas, debiéndose condenar en costas a la parte recurrente, aunque las agencias en derecho se fijarán posteriormente por la Magistrada Sustanciadora como lo manda el numeral 3 del artículo 366 del Código General del Proceso y serán liquidadas en el juzgado de primera instancia.

3. DECISIÓN

Por lo expuesto, **el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala de Decisión Civil - Familia**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el veintidós (22) de octubre de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta dentro del proceso Verbal de Responsabilidad Civil Médica, promovido por MARLENE PABÓN ÁLVAREZ, LUIS ELIESER GALVIS RAMÍREZ, MYRIAM ROSA PABÓN

ÁLVAREZ, LEIDY JOHANNA GALVIS PABÓN, SERGIO LUIS GALVIS PABÓN, y LUIS CARLOS IBARRA PABÓN, en contra de la CLÍNICA SAN JOSÉ DE CÚCUTA, siendo llamada en garantía la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., por las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: Condénese en costas a la parte recurrente. Las agencias en derecho en esta instancia se fijarán posteriormente por la Magistrada Sustanciadora como lo manda el numeral 3 del artículo 366 del Código General del Proceso y serán liquidadas en el juzgado de primera instancia.

TERCERO: Por Secretaría, **remítase** todo el cartapacio al juzgado de conocimiento y **compártase** con este **el expediente híbrido** para efectos de que cuente con las actuaciones surtidas dentro del proceso en sede de segunda instancia. Déjese constancia.

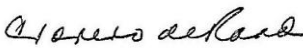
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados,



ÁNGELA GIOVANNA CARREÑO NAVAS
Magistrada Ponente



MANUEL ANTONIO FLECHAS RODRÍGUEZ
Magistrado



CONSTANZA FORERO DE RAAD
Magistrada

(El presente documento se suscribe de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “*firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada*”, en virtud de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional).



**DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
TRIBUNAL SUPERIOR DE CÚCUTA
SALA CIVIL – FAMILIA
(Área Civil)**

**ÁNGELA GIOVANNA CARREÑO NAVAS
Magistrada Sustanciadora**

Ejecutivo. Interlocutorio Apelación. **Decide**
Radicación 54001-3153-004-2020-00256-01
C.I.T. 2021-0035

San José de Cúcuta, cinco (5) de abril de dos mil veintiuno (2021)

1. OBJETO DE DECISIÓN

Procede este despacho adscrito a la Sala Civil – Familia del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en ejercicio de sus competencias legales¹, a resolver la **apelación** interpuesta por el apoderado judicial de la parte demandante en contra del auto emitido el **dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020)** por el **Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta** dentro del proceso **Ejecutivo** promovido por **Carlos Alberto Osorio Rodríguez** contra **José Alexander Rodríguez López y José Miguel Velasco Contreras**, mediante el cual se abstuvo de librar mandamiento de pago, arribado a este despacho el día 10 de marzo del año que avanza².

2. ANTECEDENTES

El señor Carlos Alberto Osorio Rodríguez, por conducto de apoderado judicial, impetró demanda ejecutiva en contra de José Alexander Rodríguez López y José Miguel Velasco Contreras a objeto de que se librara mandamiento de pago a su favor por la suma de \$315'000.000,00 M/cte. “[p]or concepto de capital vertido en el Contrato de Cuentas en Participación”, más los intereses moratorios que se

1 Ver el numeral 1º del artículo 31 del Código General del Proceso.

2 Durante el período comprendido entre el 29 de marzo al 4 de abril de 2021, no corrieron términos por corresponder a vacancia judicial durante semana santa.

causasen “a partir del 10 de junio de 2019 y hasta que se verifique el pago total de la obligación”³.

El conocimiento del asunto correspondió por el sistema de reparto al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta, el que, mediante auto del 16 de diciembre de 2020, se abstuvo de librar mandamiento de pago. Al respecto, considera el juzgado cognoscente que el contrato de cuentas en participación no puede ser “tenido como título valor”, toda vez que en él no se consignaron “las especificaciones necesarias para” tenerlo como tal, razón por la que lo auscultó “como un simple título ejecutivo”.

Así, pondera que “llama la atención” que los inmuebles “que determinaron aportar para materializar la finalidad del contrato” se hubieren enajenado a una sociedad que “no hace parte del contrato”, de ahí que “a simple vista no se puede concluir que el socio gestor haya efectuado su obligación a cabalidad”. También, que no “existe prueba del incumplimiento de las obligaciones del partícipe administrador, puesto que para llegar a que se dio esta condición se tendría que evaluar la conducta contractual efectuada por las partes a lo largo de la vigencia del contrato y ello es propio de ser evaluado bien por las partes en forma directa, o si entre ellos existe controversia, por el Juez Ordinario competente para decidir al respecto”, por manera que “solo ante una expresa manifestación de las partes o de la autoridad competente sobre el cumplimiento anticipado del socio gestor y el incumplimiento de la supuesta parte obligada, se estaría ante la materialización de la condición condicional necesaria para que la obligación se pueda considerar exigible”. Por ende, no media obligación “clara, ni expresa, ni exigible por este mecanismo de cobro judicial”, ya que no se reúnen “los requisitos necesarios para emanar una orden de pago contra la parte ejecutada.”⁴

Inconforme con la determinación, el apoderado de la parte demandante interpuso de manera directa recurso de apelación, aduciendo, en síntesis, de un lado, que su mandante “dio cabal cumplimiento a lo consagrado en el título base de recaudo ejecutivo”, toda vez que realizó “la tradición de los inmuebles” a la persona que “el demandado designó”, pues “dada la dinámica comercial de este tipo de negocios jurídicos y la necesidad de tener un capital disponible para la

3 Expediente digital, cuaderno primera instancia, actuación No. [“004DDA Y ANEXOS UNIFICADOS.pdf”](#)

4 Ibidem, actuación No. [“006AutoSeAbstieneDeLibrarMandamiento2020-00256.pdf”](#)

inversión”, en el título base del cobro ejecutivo “no se especifica a nombre de qué persona (natural o jurídica) se debía realizar la tradición de los inmuebles, solo se indica que se entregarán los mismos y se deberán suscribir las escrituras de compraventa de éstos”.

Del otro, que *“los contratantes pactaron que ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del socio Administrador, el socio Gestor sin necesidad de declaración judicial podía reclamar inmediatamente el pago de la suma”* objeto de reclamación por la senda ejecutiva, luego la *“afirmación indefinida”* consistente en que los demandados *“no han realizado el pago de las utilidades”*, los convierte en *“sus deudores”*, por lo que son estos quienes *“tendrían que demostrar el pago y cumplimiento de sus obligaciones”*. Luego, en su sentir, *“el título ejecutivo presentado como base del recaudo ejecutivo (...) cumple las exigencias del Artículo 422 del Código General del Proceso”*⁵.

La alzada impetrada se concedió (auto del 22 de enero de 2021), lo que explica la presencia de la actuación en esta Superioridad⁶.

3. CONSIDERACIONES

Realizado el control de legalidad que manda el artículo 132 del Código General del Proceso, no se advirtió vicio ni irregularidad alguna que configuren nulidad; y efectuado el *“examen preliminar”* dispuesto por el artículo 325 ibídem, están cumplidas las exigencias de que trata el artículo 322 ejusdem.

En esta oportunidad, el problema jurídico a resolver recae en determinar si el documento arrimado como título ejecutivo por la parte demandante satisface los requisitos legalmente establecidos para librar el respectivo mandamiento de pago, o si, por el contrario, conforme lo coligió el despacho cognoscente, no *“existe prueba del”* cumplimiento del ejecutante –el gestor– e incumplimiento de la parte demandada –el partícipe administrador– para determinar el requisito de exigibilidad de la obligación.

5 Ib., actuación No. [“007RecursoApelacion.pdf”](#)

6 Ib., actuación No. [“009AutoConcedeApelacion2020-00256.pdf”](#)

Para dar respuesta al problema jurídico, menester es evocar que el proceso ejecutivo tiene como punto de partida un instrumento que ofrece procedibilidad ejecutiva por concretarse en él los presupuestos establecidos por el artículo 422 del Código General del Proceso, esto es, que el documento provenga del deudor o su causante, que sea auténtico o cierto, y que de él dimanen una obligación clara, es decir, identificable con facilidad, indubitativa, que esté planteada en términos que no dé lugar a equívocos; expresa, que esté propuesta o redactada en forma nítida y manifiesta; y que sea exigible, o sea, que su cumplimiento pueda requerirse actualmente, bien porque se trata de una prestación pura y simple, ora porque el plazo al que fue sometida ha vencido, ya porque la condición se ha cumplido.

Por lo demás, dichos títulos pueden nacer a la vida jurídica por distintos cauces, ya que pueden ser títulos ejecutivos judiciales, contractuales, de origen administrativo, o emanados de actos unilaterales del deudor.

La existencia del título idóneo y de la demanda, conduce al llamado mandamiento ejecutivo en el que, por mandato de la ley, se le exige a la parte demandada el cumplimiento de la obligación que se encuentra insatisfecha.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el demandante CARLOS ALBERTO OSORIO RODRÍGUEZ arrimó como título ejecutivo el contrato de *“CUENTAS EN PARTICIPACIÓN”*⁷ celebrado *“a los 27 días del mes de Diciembre (sic) de 2018”* con los señores JOSE ALEXANDER RODRÍGUEZ LÓPEZ y JOSE MIGUEL VELASCO CONTRERAS, en el que el primero obró como EL GESTOR y los segundos como EL PARTÍCIPE ADMINISTRADOR. En tal virtud, y en lo que importa para esta resolución, los denominados partícipes administradores trazaron como objeto del contrato la ejecución de *“un proyecto de explotación de carbón tipo coque en la mina denominada LA ARGELIA en el municipio de San Cayetano Norte de Santander el cual ejecutarán como parte de una sociedad denominada INCOMINERALES (...), del cual como socios cuentan con el 20% del total de las acciones”* (Cláusula 1ª). Y por ese proyecto se comprometieron a entregar informes mensuales *“sobre el resultado de la explotación minera”* y *“cuentas finales”* anuales que *“rendirán a más tardar dentro de los 10 primeros días calendario del mes de enero”* (Cláusula 2ª).

7 Expediente digital, cuaderno primera instancia, actuación No. [“004DDA Y ANEXOS UNIFICADOS.pdf”](#)

La vigencia del contrato, conforme se acordó por las partes en la cláusula 3ª, **“rige a partir de su firma y autenticación por todas las partes que en el intervienen y estará vigente por el tiempo que dure la explotación de carbón en la referida mina”**.

En cuanto a los aportes, el gestor –Carlos Alberto Osorio Rodríguez–, se obligó a aportar la suma de \$500'000.000,00 M/cte. representados así: i) El valor de \$250'000.000,00 con el apartamento 903 del edificio Mirador de Bellavista de la urbanización Bella Vista del municipio de Los Patios que cuenta con la matrícula inmobiliaria No. 260-272749, ii) la suma de \$65'000.000,00 M/cte. con la casa ubicada en la manzana M calle 11ª No. 11-56, lote No. 5, urbanización Montebello 2 etapa del municipio de Los Patios que tiene la matrícula inmobiliaria No. 260-61904 y iii) el saldo de \$185'000.000,00 M/cte. que cancelará ***“con las 3 primera participaciones mensuales de las utilidades del proyecto”***. Por su parte, el Partícipe Administrador –José Alexander Rodríguez López y José Miguel Velasco Contreras–, ***“financiarán el proyecto de explotación de carbón coquizable (...) en cuantía estimada de \$2.000'000.000,00 M/cte. (...) y aportarán todo el trabajo de ejecución del mismo”*** (Cláusula 4ª).

Los intervinientes en ese negocio jurídico pactaron, además, que el gestor se obliga a **“suscribir las escrituras de compraventa (...) como aporte de inversión para la ejecución del proyecto”** (Cláusula 6ª), y previeron que el gestor podía ***“dar unilateralmente por terminado el contrato, en uno cualquiera de los siguientes eventos: 1.- Cuando el partícipe administrador incumpla cualquiera de las obligaciones a su cargo ó (sic) retarde injustificadamente su cumplimiento. 2.- Por mora o simple retado en el pago de las ganancias mensuales, en la cuantía periodicidad y forma establecida en el contrato; en tal evento el GESTOR exigirá el reintegro del valor total invertido, para tal efecto el presente documento tiene los mismos efectos de un título valor y será exigible por la suma total invertida en este caso (...) \$315'000.000”***.

Referente a **la suscripción del contrato se tiene que el mismo está firmado por quienes en él intervinieron**. Sin embargo, en lo atinente a la autenticación, **el único que honró esa carga contractual fue el partícipe administrador**. En efecto, de conformidad con la ***“DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO DE FIRMA Y***

CONTENIDO DE DOCUMENTO PRIVADO” realizado ante la Notaría 7 del círculo de Cúcuta, los integrantes de esa parte contractual dieron cumplimiento a esa previsión de la siguiente manera: El señor José Alexander Rodríguez López el día 21 de febrero de 2019 y José Miguel Velasco Contreras el 5 de abril de la precitada anualidad.

En ese orden, fulgura que el contrato de cuentas en participación arrimado como base del recaudo coercitivo, cuya vigencia, como se reseñó, quedó supeditada a que el mismo se firme **y autentique** *“por todas las partes que en el intervinieron”* tal cual se consignó en la cláusula 3ª, no ha nacido al tránsito jurídico en la medida en que adolece de la *“autenticación”* por uno de sus participantes, quien no es otro que el gestor.

Y tan cierto es lo anterior, que es viable aseverar que los contratos de compraventa de los inmuebles con matrícula inmobiliaria No. 260-272749 y 260-61904 –Escrituras Públicas No. 112 y 113 del 26 de enero de 2019 corridas en la Notaría 7º del círculo de Cúcuta, respectivamente– adosados para acreditar el *“aporte de inversión”* del gestor, con independencia de la persona a quienes él los enajenó, y contrario a lo manifestado por el recurrente, no guardan reciprocidad con el instrumento privado adosado como título ejecutivo, ya que, de una parte, la transferencia se materializó antes de autenticarse por el partícipe administrador –José Alexander Rodríguez López y José Miguel Velasco Contreras– el contrato de cuentas en participación, es decir, cuando el contrato aún no tenía vigencia.

De la otra, como lo indicara la juez *a quo*, en esos instrumentos no se dejó tan siquiera vestigio de que corresponde al *“aporte de inversión”* de aquél –Gestor– para la ejecución del proyecto de explotación de carbón tipo coque que se llevaría a cabo en la mina denominada LA ARGELIA, ubicada en el municipio de San Cayetano, departamento Norte de Santander. Luego, tal circunstancia es suficiente para no tener por entregado o aportado el capital (inversión) que ahora pretende reclamar por esta senda ejecutiva.

Empero, si lo anterior se considera insuficiente, que por supuesto no lo es, ni si quiera por el precio de la venta de los inmuebles puede llegar a asimilarse que corresponde a ese *“aporte de inversión”* del gestor, toda vez que los montos por los cuales son transferidos distan significativamente del valor que fue convenido

para que cumpliera dicho fin. En otras palabras, los valores de los contratos de compraventa son abiertamente inferiores al pactado en el contrato de cuentas en participación.

Bajo ese horizonte, en atención a que solo pueden ejecutarse obligaciones claras, expresas y exigibles que consten en un título debidamente constituido conforme a lo preceptuado en el artículo 422 procesal, y como ya se anotó, dimana que no puede tenerse por cierta la parte del “*aporte de inversión*” que reclama la parte demandante, refulge sin hesitación alguna que la decisión del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta adoptada mediante providencia dictada el dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020) ha de ser confirmada, pero por las razones esgrimidas en esta instancia, sin que haya lugar a imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta - Sala Civil – Familia,**

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar el auto proferido el dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020) por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas por no haber lugar a ellas.

TERCERO: En firme la presente providencia, **devuélvase** al juzgado de origen, previa constancia de su salida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE⁸

ÁNGELA GIOVANNA CARREÑO NAVAS
Magistrada

Firmado Por:

⁸ Documento con firma electrónica en acatamiento a lo dispuesto en la Circular No. 35 del 22 de febrero de 2021 emanada del Consejo Superior de la Judicatura.

ANGELA GIOVANNA CARREÑO NAVAS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 2 SALA CIVIL-FAMILIA TRIBUNAL SUPERIOR CUCUTA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
e26d6baa44018c2ee1e2489737511f622d0d2e2b9cfda877f8cad0b9e3ebf868
Documento generado en 05/04/2021 11:01:31 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>