



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA
DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

SC-0022-2022

ASUNTO : SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO
TIPO DE PROCESO : VERBAL – RESPONSABILIDAD MÉDICA
DEMANDANTES : YORLADY GRAJALES GÓMEZ Y OTROS
DEMANDADOS : NUEVA EPS SA Y LIGA CONTRA EL CÁNCER SEC. RISARALDA
PROCEDENCIA : JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA, R.
RADICACIÓN : 66001-31-03-003-2017-00034-02
TEMAS : INCONGRUENCIA – HISTORIA CLÍNICA - PRUEBA CULPA
MAG. PONENTE : DUBERNEY GRISALES HERRERA
APROBADA EN SESIÓN : 177 DE 06-05-2022

SEIS (6) DE MAYO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso vertical propuesto por las demandadas, contra la sentencia emitida el día **18-02-2021** (Recibido de reparto el día 04-05-2021), con la que se definió el litigio en primer grado.

2. LA SÍNTESIS DE LA DEMANDA

2.1. LOS HECHOS RELEVANTES. La señora Yordaly (Es Yorlady) Grajales G. fue valorada en la Liga Contra el Cáncer Seccional Risaralda, por presentar miomatosis uterina múltiple y le realizaron histerectomía abdominal total ambulatoria el 24-10-2014. El día 26-10-2014 en control, se evidenció inconsistencia (Sic) urinaria, porque en aquella cirugía se le causó una fístula uréter-vaginal; en los días posteriores se advirtieron afectaciones

psicológicas, en la vida sexual, incontinencia urinaria, dolores en abdomen y espalda.

El 06-01-2015 en una radiografía se encontró aumento anormal de riñón izquierdo, por lo que el 09-01-2015 asistió a su EPS para una ureterolisis por laparoscopia, ordenada con urgencia. En los meses siguientes le hicieron otros exámenes y valoraciones, pero solo hasta el 15-08-2015 se intentó ese procedimiento correctivo, sin éxito, pues terminó con extracción total del órgano.

Pasaron varios meses para la valoración por urología y nunca se le brindó atención psicológica; su vida no volvió a ser igual pues se alteró, entre otros, su vida sexual, también quedó con incontinencia, migraña, insuficiencia renal, sangrado en la orina [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 01Cuaderno Principal Primera Parte, pdf No.01, folios 242-246].

2.2. LAS PRETENSIONES. **(i)** Declarar responsables patrimonial y administrativamente (*Sic*) a las demandadas de los perjuicios causados y que terminaron en la pérdida total del riñón izquierdo; **(ii)** Condenar a pagar a favor de Yordaly (Es Yorlady) Grajales G. los siguientes daños: **(a)** Material; **(b)** Moral para ella y su núcleo familiar compuesto por su cónyuge, dos (2) hijos, padres y ocho (8) hermanos; y, **(c)** A la vida de relación para ella y su esposo; **(iii)** Indexar conforme el IPC; y, **(iv)** Condenar en costas a las demandadas (*Sic*) [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 01Cuaderno Principal Primera Parte, pdf No.01, folios 246-252].

3. LA DEFENSA DE LA PARTE PASIVA

3.1. NUEVA EPS SA (DEMANDADA). Desestimó algunos hechos y otros dijo no constarle. Se opuso a las súplicas, objetó la estimación de la cuantía y formuló como excepciones: **(i)** Inexistencia de nexo adecuado por condiciones propias de la víctima; **(ii)** Inexistencia de nexo de causalidad entre el daño y la conducta de la EPS; **(iii)** Ausencia de factor de imputación respecto al daño

alegado; **(iv)** Inexistencia de hecho ilícito- EPS cumplió las obligaciones legales; **(v)** Inexistencia de daño indemnizable; **(vi)** Cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa; y, **(vii)** La genérica [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 02Cuaderno Principal Parte dos, pdf No.01, folios 26-40].

3.2. LIGA CONTRA EL CÁNCER SECCIONAL RISARALDA (DEMANDADA). Aceptó el hecho 1º, parcialmente el 2º y 7º, de los demás, unos los negó y otros afirmó no constarle. Repelió las pretensiones y como excepciones presentó, entre otras: **(i)** Inexistencia de responsabilidad civil e inexistencia de falla o error de conducta por esta parte; **(ii)** Inexistencia de responsabilidad civil por seguimiento de la *lex artis*; **(iii)** Inexistencia de perjuicio; **(iv)** Ausencia de error de diagnóstico; **(v)** Indebida y exagerada tasación de perjuicios aducidos; **(vi)** Prescripción; y, **(vii)** La genérica [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 03Cuaderno Principal Parte tres, pdf No.01, folios 14-34].

3.3. SEGUROS GENERALES SURAMERICANA SA (LLAMADA EN GARANTÍA). Dijo no constarle los hechos, se opuso a los pedimentos y como excepciones de fondo planteó, entre otras: **(i)** Inexistencia de culpa del personal médico de la IPS; **(ii)** Rompimiento de nexo causal; **(iii)** Cumplimiento de obligaciones de medio propias del débito médico; **(iv)** Causa extraña: caso fortuito o fuerza mayor.

Respecto al llamamiento, entre otras, formuló: **(i)** Exclusión derivada de reclamaciones por responsabilidad profesional del asegurado; **(ii)** Exclusiones derivadas de responsabilidad ajenas o de terceros; **(iii)** Límites de cobertura y deducible pactado; **(iv)** Disponibilidad en cobertura del valor asegurado; **(v)** No cobertura de culpa grave ni dolo; **(vi)** Exclusión de daños derivados de inobservancia o violación de reglamentos y otros; y, **(vii)** La ecuménica [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 04Cuaderno LlamamientoenGarantía, pdf No.01, folios 151-170].

4. EL RESUMEN DE LA DECISIÓN APELADA

En la parte resolutive: **(i)** Desestimó las excepciones; **(ii)** Declaró responsables a las demandadas; **(iii)** Condenó al pago por daño moral para todos los demandantes y a la vida de relación solo para la paciente; y, denegó, el daño material; **(iii)** Exoneró a la aseguradora; y, **(iv)** Condenó en costas a las demandadas.

Encuadró las pretensiones en la responsabilidad contractual, dado el vínculo del esposo de la actora con la EPS y como usuario de la IPS. Conforme a la historia clínica encontró probada: la realización de la histerectomía abdominal y que allí se causó una fístula vesico-vaginal, también, que el 15-08-2015 se intentó hacer una ureterólisis, pero hubo complicaciones y terminó con extracción del riñón izquierdo.

La IPS señaló que la fístula era un riesgo inherente a la histerectomía, se explicó a la paciente y consta en consentimiento informado; pero este dejó de acreditarse y mal puede confundirse con la anotación en la historia clínica, infirió la “responsabilidad culposa” (*Sic*). Adicionalmente, hubo tardanza para la ureterólisis, pues fue ordenada, en forma urgente, desde el 09-01-2015 y se hizo siete (7) meses después.

Expuso que el daño era evidente, dado que la fístula ocasionó incontinencia urinaria que afectó todos los ámbitos de la vida de la paciente; luego perdió el riñón. Respecto al nexo afirmó que el registro en la historia clínica da cuenta de que la fístula se ocasionó en el procedimiento y, también, la realización tardía de la cirugía correctiva, sin que pueda admitirse como excusa para el retraso las infecciones de la paciente, pues esto era indicativo de la urgencia con que debió hacerse; por ende, hay culpa. En suma, estimó acreditados los elementos de la responsabilidad. Exoneró a la aseguradora porque amparó la responsabilidad extracontractual y esta es contractual.

Negó el lucro cesante, porque la actora acudió como beneficiaria, si hubiese sido trabajadora la condición en la que hubiera concurrido era como cotizante; el daño moral debía reconocerse proporcional a la cercanía de las

relaciones; finalmente, el daño a la vida de relación solo era resarcible a la paciente porque fue la afectada en sus relaciones [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 03Cuaderno Principal Parte tres, pdf No.13 y audiencia en carpeta AudienciaArt373, archivo 04, tiempo 00:05:35 a 00:39:13].

5. LA SÍNTESIS DE LAS ALZADAS

5.1. LOS REPAROS CONCRETOS

5.1.1. NUEVA EPS SA. (i) Inaplicación del principio de congruencia, por falta de un consentimiento informado que no fue motivo de debate; **(ii)** La historia clínica prueba, las atenciones, los riesgos informados y la justificación de la demora en el procedimiento correctivo; **(iii)** La gestión probatoria de la parte actora fue insuficiente para demostrar los elementos de la responsabilidad: causalidad y culpabilidad; y, **(iv)** El consentimiento informado puede ser tácito como ha reconocido la jurisprudencia [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 03Cuaderno Principal Parte tres, pdf No.13 y audiencia en carpeta AudienciaArt373, archivo 04, tiempo 00:41:28 a 00:47:22].

5.1.2. LIGA CONTRA EL CÁNCER SECCIONAL RISARALDA. (i) Falta competencia: el fallo incluyó el consentimiento informado que nunca se invocó en la demanda o hizo parte de la fijación del litigio; **(ii)** Vulneración e indebida aplicación del principio de congruencia; **(iii)** Vulneración al derecho de defensa y debido proceso; **(iv)** Imposibilidad del juez para modificar la demanda; **(v)** El régimen aplicable es el extracontractual; **(vi)** Inexistencia de prueba de los perjuicios reclamados;

También propuso **(vii)** Indebida apreciación del llamamiento en garantía; **(viii)** Indebida valoración probatoria: hubo confesión de la existencia del consentimiento informado; **(ix)** Ausencia de nexo de causalidad: la existencia de ese asentimiento no guarda relación causal con el daño reclamado; **(x)** Ausencia de error de diagnóstico; **(xi)** Inexistencia de

responsabilidad: riesgos inherentes al tratamiento médico; **(xii)** Inexistencia de responsabilidad: no concluyen los elementos de responsabilidad [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 03Cuaderno Principal Parte tres, pdf No.14].

5.2. LA SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS

En atención al DP. No.806 de 2020, los recurrentes allegaron por escrito, la argumentación de sus reparos en tiempo (Carpeta 02SegundaInstancia, pdf Nos.16 y 32). Se expondrá cada sustentación al resolver cada reparo.

6. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

6.1. LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA. La ciencia procesal mayoritaria¹ en Colombia los entiende como los *presupuestos procesales*. Otro sector²⁻³ opta por la denominación aquí formulada, pues resulta más sistemático con la regulación procesal nacional. La demanda es idónea, ninguna causal de nulidad insaneable se aprecia, capaz de invalidar la actuación surtida.

6.2. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. En forma repetida se ha dicho que este estudio es oficioso⁴. Cuestión diferente es el análisis de prosperidad de la súplica. En este evento se satisface en ambos extremos.

Ha reiterado esta Magistratura que, para el examen técnico de este aspecto, es imprescindible definir la modalidad de la pretensión planteada en ejercicio del derecho de acción, así se identificarán quiénes están autorizados por el

¹ DEVIS E., Hernando. El proceso civil, parte general, tomo III, volumen I, 7ª edición, Bogotá DC, Diké, 1990, p.266.

² LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2019, p.987-996.

³ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo 2, ESAJU, 2020, 7ª edición, Bogotá, p.468.

⁴ CSJ, Civil. Sentencias: **(i)** 14-03-2002, MP: Castillo R.; **(ii)** 23-04-2007, MP: Díaz R.; No.1999-00125-01; **(iii)** 13-10-2011, MP: Namén V., No.2002-00083-01; **(iv)** SC -1182-2016, reiterada en SC-16669-2016. **(iv)** TS. Pereira, Sala Civil – Familia. Sentencia del 29-03-2017; MP: Grisales H., No.2012-00101-01.

sistema jurídico, para elevar el pedimento y quiénes para resistirlo; es decir, esclarecida la especie de súplica se determina la legitimación sustantiva.

En orden metodológico se define primero el tipo de pretensión postulada en ejercicio del derecho de acción⁵, llamado ahora tutela judicial efectiva, para luego constatar quiénes están habilitados por el derecho positivo para elevar tal pedimento y quiénes para resistirlo; es decir, esclarecida la súplica se determina la legitimación sustancial de los extremos procesales.

Lo explicado en este acápite resuelve el reparo No.5 de la Liga contra el Cáncer respecto a la clase de responsabilidad estimada por el fallo.

Al formularse la demanda faltó especificar el tipo de responsabilidad; la juzgadora de instancia, en razonamiento que no se comparte, la entendió solo en la órbita contractual, a partir del convenio entre el señor Dumar de J. Patiño B. y la EPS, por el cual fue atendida la paciente como beneficiaria; sin embargo, este solo la cobija a ella, pues las pretensiones de los demás son de orden extracontractual, como enseguida se explicará. En suma, aquí hay acumulación, admitida por la jurisprudencia de esta especialidad, desde antaño (CSJ)⁶, acogida por esta Sala⁷.

6.2.1. POR ACTIVA. Esta cumplida. Tiene habilitación legal la señora Yorlady Grajales Gómez, pues como paciente afiliada recibió los servicios médicos, es una relación jurídica aceptada por la EPS demandada al contestar [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 02Cuaderno Principal Parte dos, pdf No.01, folio 30, primer párrafo]; además, este tipo de negocios está excluido de solemnidades.

⁵ En el mismo sentido SC-0070-2021 de este Tribunal. La dogmática procesalista tiene esclarecido que la acción no se clasifica, sí la pretensión: (1) ROJAS G., Miguel E. Ob. cit., p.107. También: (2) LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.323; (3) RICO P., Luis A. Teoría general del proceso, 3ª edición, Leyer SA, Bogotá DC, 2013, p.263.

⁶ CSJ, Civil. Sentencias de (1) 17-11-2011, MP: Namén V.; No.1999-00533-01; (2) 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778-01; y; (3) 30-01-2001, MP: Ramírez G.; No.5507, entre otras.

⁷ TSP, Civil-Familia. Sentencias: (1) SC-0014-2022; (2) SC-0076-2021; (3) 30-07-2018, No.2016-00149-01; y, (4) 07-12-2016, No.2012-00322-01 MP: Grisales H, entre muchas.

Por su parte, los señores Dumar de Jesús Patiño Ballesteros (Esposo), Daniel y Vanessa Patiño Grajales (Hijos), Marleny de Jesús Gómez de Grajales y Gilberto Antonio Grajales Restrepo (Padres), así como: José Fernando, John Jairo, María Cristina, Juan Carlos, Julio César, Jorge William, Olga Judith y Dhora Lilia Grajales Gómez (Hermanos), son ajenos a la referida relación negocial, su pretensión reparatoria es extracontractual.

Estas personas son víctimas indirectas (Dadas las afecciones sufridas, en el orden de mención: esposa, madre, hija y hermana), secundarias o de rebote, y por esa calidad, la súplica es personal y no hereditaria⁸⁻⁹. Obran para acreditar tales condiciones los registros civiles respectivos [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 01Cuaderno Principal Primera Parte, pdf No.01, folios 18, 20, 22, 24, 26, 28, 30, 32, 34, 36, 38, 40 y 46].

6.2.2.POR PASIVA. Sobre la legitimación por pasiva, se tiene que a la Nueva EPS SA y a la Liga Contra el Cáncer Seccional Risaralda, son las entidades a quienes la parte demandante, imputa la conducta dañina (Artículos 2341 y 2344, CC), por ser copartícipes en la causación del daño, al haber prestado asistencia médica a la señora Grajales G.; en aplicación de la teoría de la “coautoría en la producción del perjuicio”¹⁰.

Aquella por ser la afiliadora y esta por ejecutora material del servicio médico, según criterio de antaño, de la jurisprudencia de la CSJ¹¹: “(...) De ahí que se esté, como lo dice la doctrina, frente a una responsabilidad de índole contractual “indistinta” para ambos sujetos, puesto que es tan contractual el origen de la obligación como su ejecución (...)”, reiterado en reciente decisión (2020)¹², prohijado por esta misma Sala (2021)¹³. En el mismo sentido la doctrina patria, por ejemplo,

⁸ CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, MP: Namén V.; No.1999-00533-01.

⁹ TAMAYO J., Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo I, 2ª edición, Legis, Bogotá DC, 2007, p.126.

¹⁰ SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, 3ª edición, Bogotá DC, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.498.

¹¹ CSJ. Civil. Sentencia del 11-09-2002, MP: Ramírez G., No.6430.

¹² CSJ. SC-2769-2020.

¹³ TSP. SC-0060-2021.

Santos Ballesteros¹⁴ y la profesora Fernández Muñoz (2019¹⁵).

6.2.3. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. La Liga contra el Cáncer al apelar expuso que la errada apreciación del régimen aplicable conllevó a una exoneración de la aseguradora, pero corregido aquello en la forma ya explicada, lo que se impone es que en virtud del llamamiento en garantía y dada la vigencia de la póliza, se ordene el correspondiente reembolso en caso de persistir la condena.

Para esta Sala, ningún reparo hay sobre la vinculación de Seguros Generales Suramericana SA, como llamada en garantía, según la póliza suscrita con la IPS demandada, vigente para la época de atención de la paciente (24-10-2014 a 15-08-2015), según copias aparejadas en el expediente [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 04Cuaderno LlamamientoenGarantía, pdf No.01, folios 129 y 141]; una vez se defina la confirmación de la decisión, si hay lugar a ello, se resolverá sobre el reintegro reclamado por la IPS.

6.3. EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER. ¿Se debe revocar o modificar la sentencia estimatoria proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esta ciudad, según el razonamiento de las demandadas?

6.4. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA

6.4.1. LOS LÍMITES DE LA APELACIÓN. En esta sede están definidos por los temas objeto del recurso, es una patente aplicación del modelo dispositivo en el proceso civil nacional (Arts. 320 y 328, CGP), es lo que hoy se conoce como la *pretensión impugnaticia*¹⁶, novedad de la nueva regulación procedimental

¹⁴ SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, 3ª edición, Bogotá DC, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.115

¹⁵ FERNÁNDEZ M., Mónica L. Responsabilidad médica en la especialidad civil, Módulo de aprendizaje autodirigido, EJRLB, Bogotá DC, 2019, pág.57

¹⁶ ÁLVAREZ G., Marco A. Variaciones sobre el recurso de apelación en el CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Código General del Proceso, Bogotá DC, editorial, Panamericana Formas e impresos, 2018, p.438-449.

del CGP, según la literatura especializada, entre ellos el doctor Forero S.¹⁷. Por su parte, el profesor Bejarano G.¹⁸, discrepa al entender que contraviene la tutela judicial efectiva, de igual parecer Quintero G.¹⁹, mas esta Magistratura disiente de esas opiniones divergentes, que son minoritarias.

Entiende, de manera pacífica y consistente, esta Colegiatura en múltiples decisiones, por ejemplo, las más recientes: de esta misma Sala y de otra²⁰, la aludida restricción. En la última sentencia mencionada, se prohibió lo argüido por la CSJ en 2017²¹, eso sí como criterio auxiliar; ya en decisión posterior y más reciente, la CSJ²² (2019), reiteró la citada tesis. Arguye en su obra reciente (2021), el profesor Parra B.²³:” *Tiene como propósito esta barrera conjurar que la segunda instancia sea una reedición de la primera y se repita esta innecesariamente. Además, respeta los derechos de la contraparte, pues esta se atiene a la queja concreta.*”. De igual parecer Sanabria S.²⁴ (2021).

Ahora, también son límites para la resolución del caso, el principio de congruencia como regla general (Art. 281, ibidem). Las excepciones, es decir, aquellos temas que son revisables de oficio son los asuntos de familia y agrarios (Art. 281, parágrafos 1º y 2º, ibidem), las excepciones declarables de oficio (Art. 282, ibidem), los presupuestos procesales²⁵ y sustanciales²⁶, las

¹⁷ FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en segunda instancia, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal en Cali, Bogotá DC, editorial Universidad Libre, 2018, p.307-324.

¹⁸ BEJARANO G., Ramiro. Falencias dialécticas del CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorial del Congreso XXXVIII en Cartagena, editorial Universidad Libre, Bogotá DC, 2017, p.639-663.

¹⁹ QUINTERO G., Armando A. El recurso de apelación en el nuevo CGP: un desatino para la justicia colombiana [En línea]. Universidad Santo Tomás, revista virtual: *via inveniendi et iudicandi*, julio-diciembre 2015 [Visitado el 2020-08-10]. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6132861.pdf>

²⁰ TS, Pereira. Civil-Familia. Sentencias del (i) 19-06-2020; MP: Grisales H., No.2019-00046-01 y (ii) 04-07-2018; MP: Saraza N., No.2011-00193-01, entre muchas.

²¹ CSJ. STC9587-2017.

²² CSJ. SC2351-2019.

²³ PARRA B., Jorge. Derecho procesal civil, 2ª edición puesta al día, Bogotá DC, Temis, 2021, p.403.

²⁴ SANABRIA S., Henry. Derecho procesal civil, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2021, p.703 ss.

²⁵ CSJ, SC-6795-2017. También sentencias: (i) 24-11-1993, MP: Romero S.; (ii) 06-06-2013, No.2008-01381-00, MP: Díaz R.

²⁶ CSJ. SC-1182-2016, reiterada en la SC-16669-2016.

nulidades absolutas (Art. 2º, Ley 50 de 1936), las prestaciones mutuas²⁷ y las costas procesales²⁸, entre otros. Por último, debe considerarse que es panorámica la competencia cuando ambas partes recurren en lo que les fue desfavorable (Art.328, inciso 2º, CGP).

6.4.2.LA SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS. Los apelantes presentaron, ante esta sede, sus respectivos escritos con las motivaciones, según se sintetiza como sigue.

• **NUEVA EPS SA. (i)** Es regla de derecho procesal, la congruencia que obliga al juez a fallar conforme los hechos y pretensiones en consonancia con la fijación del litigio (Art.281, CGP), explica la jurisprudencia²⁹ y Devis Echandía; aplicado al caso, la demanda invocó la existencia de presuntos errores en los procedimientos y eventuales demoras en la atención, nunca al consentimiento informado, pero el fallo fundó la responsabilidad en ese hecho. Además, se partió de una indebida apreciación probatoria, pues omitió la confesión de la paciente de haber suscrito ese asentimiento. Se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa.

(ii) La indebida valoración es tanto, por la falta de apreciación de la aludida confesión, como porque dejó de estimarse la historia clínica, que evidencia el conocimiento de la paciente sobre los procedimientos usados; así hubo consentimiento tácito. Adicionalmente, frente a las demoras, la misma declaración de la actora da cuenta que siempre se le dieron las autorizaciones y que la realización inmediata del procedimiento correctivo, se truncó por las infecciones recurrentes que sufrió, conforme consta en el registro médico.

(iii) El material probatorio aportado por el extremo activo, limitado a la historia clínica y unos testimonios, son incipientes para demostrar la responsabilidad atribuida. Además, esas versiones son calcadas de los

²⁷ CSJ, Civil. Sentencia del 15-06-1995; MP: Romero S., No.4398.

²⁸ LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.1079.

²⁹ CSJ. SC-15211-2017.

interrogatorios del extremo activo y ello les resta credibilidad [Carpeta 02SegundaInstancia, pdf No.16].

• **LIGA CONTRA EL CÁNCER SECCIONAL RISARALDA. (i)** Se equivocó la sentencia al fundar la responsabilidad en la inexistencia de consentimiento informado, cuando es tema ajeno a la demanda y a la fijación del litigio; la funcionaria excedió su competencia. Refiere que, preterido en la citada etapa procesal, quedó por fuera del debate probatorio; **(ii) y (iii)** Este yerro vulnera el principio de congruencia estatuido en el artículo 281, CGP; pues parte de un supuesto fáctico extraño al pedido, se transgredió el debido proceso y el derecho de defensa.

(iv) El tema del consentimiento informado estudiado en el fallo es una modificación a la demanda que estaba vedado para la falladora; **(v)** Si bien en Colombia existen regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, la jurisprudencia de la CSJ (Sin citar decisiones) tiene fijado que cuando del acto médico se trata y se está enfrente a la relación del paciente con una institución clínica o el galeno, aplica es el segundo. En adición, nunca se probó un contrato de esa IPS con la paciente, menos con sus familiares.

(vi) Los perjuicios alegados dejaron de probarse, al contrario se acreditó que la paciente ya se recuperó, incluso, retomó su trabajo en el salón de belleza. Se demostró que los hijos y esposo, ninguna alteración tuvieron en el curso normal de sus actividades y frente a los demás, la lejanía física implica poco contacto y, por ende, ninguna afectación; **(vii)** Fue indebida la valoración del cúmulo probatorio: (a) Hubo confesión de la actora sobre el consentimiento informado, además, consta en la historia clínica con las anotaciones de la ginecóloga-oncóloga que hizo el procedimiento el día 11-10-2014 y la auxiliar de enfermería que realizó el chequeo previo a la cirugía; y, (b) Se pretermitió apreciar la conducta diligente del personal médico de esa IPS.

(viii) La declarada falta de consentimiento, carece de relación directa con las

complicaciones posquirúrgicas que sufrió la paciente, la falta de información si acaso vulneraría sus derechos fundamentales a la autonomía, libertad y dignidad humana. **(ix)** No hubo error de diagnóstico, ni siquiera se cuestionó que la histerectomía haya sido equivocada, se decantó en el trámite que las tardanzas achacadas son ajenas a la IPS; **(x)** En el caso la paciente sufrió un riesgo propio del procedimiento, la atención fue acorde a los protocolos conforme se demostró y la afirmación de que existió mala praxis quedó sin sustento.

Y, **(xi)** La obligación que recae en el personal médico es de medios y no de resultado, en el caso se materializó un riesgo inherente a la cirugía, además, ningún error se probó en su realización; de esa manera, sin culpa a imputar, es inexistente la responsabilidad [Carpeta 02SegundaInstancia, pdf No.32].

6.4.3. LOS TEMAS DE APELACIÓN. En orden metodológico se resolverá así: **(i)** Incongruencia del fallo; la condena se fundó en una falta de consentimiento informado que no se invocó en la demanda y, por ende, escapó de la fijación del litigio y del debate probatorio.

Enseguida se abordará **(ii)** Indebida valoración probatoria: (a) La gestión de la parte actora fue precaria para demostrar los elementos de la responsabilidad; (b) La historia clínica demuestra atención adecuada y justifica la demora en el procedimiento correctivo; (c) Hubo confesión sobre la existencia del consentimiento informado y este no guarda relación causal con el daño reclamado; (d) Se presentó un riesgo inherente al tratamiento médico prestado; (e) Inexistencia de prueba de perjuicios; y, en caso de persistir la estimación de las pretensiones se evaluará **(iii)** La aplicación del llamamiento en garantía.

• **LA CONGRUENCIA** también conocida como consonancia, se regula en el artículo 281, CGP, al prescribir al juez cómo debe obrar al emitir la sentencia, se lee: “(...) *deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las*

excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta. (...)”. Con claridad puede advertirse que este postulado integra el debido proceso y el derecho de defensa, que, por contera, se viola cuando se desconoce.

Esta parte inicial de la norma no sufrió alteraciones respecto a lo prescrito por el CPC, se adicionaron dos salvedades en las especialidades de familia y agrario, ajenas para el caso.

La congruencia³⁰ es la simetría que debe tener el juez, al resolver la controversia sometida a su juicio; y para las partes enfrentadas los límites dentro de los cuales han de formular sus alegaciones. Para estos efectos se consideran, única y exclusivamente, los hechos expuestos por cada parte (*causa petendi*) y las pretensiones (*Petitum*), del lado del demandante, según la demanda y su reforma; y, conforme a la contestación y excepciones perentorias, del extremo pasivo.

De ahí la importancia de la fase de fijación del litigio, en la audiencia inicial del artículo 372, CGP (Preliminar en el CPC, art.101), o incluso en la de instrucción (Art.373, CGP), porque allí se trazan los contornos del debate probatorio y decisorio. En este sentido la CSJ (2020)³¹, en reciente decisión expuso:

i) Los extremos del litigio de los que no puede salirse la decisión judicial –so pena de incurrir en incongruencia– están conformados por las pretensiones y excepciones y por los supuestos de hecho en que se fundan unas y otras, de suerte que una extralimitación o infravaloración de tales demarcaciones apareja una disconformidad de la decisión con el tema de la relación jurídico–sustancial que plantearon las partes como contorno del debate en las instancias. La sentencia, en suma, tiene que guardar correspondencia con lo pedido dentro de los extremos del litigio. De ese modo la pretensión

³⁰ CSJ. SC-5473-2021.

³¹ CSJ. SC-780-2020.

jurídica sirve de puente entre el derecho material y el procesal.

La fijación del objeto de la litis no es una liberalidad del funcionario judicial sino una etapa en la que las partes determinan con precisión las cuestiones de hecho que serán materia del debate probatorio. ...

- **RESOLUCIÓN. TRIUNFA.** La falta de consentimiento informado es un hecho ajeno a la demanda y a la fijación del litigio.

La sentencia apoyó la responsabilidad en la inexistencia de consentimiento informado y la tardanza en el procedimiento correctivo, que consideró acreditados con la historia clínica.

Escrutado el escrito introductor de la acción, sin dudas la responsabilidad invocada se basó en: **(i)** La fístula uréter-vaginal generada en la histerectomía, que provocó incontinencia urinaria; y, **(ii)** La demora en las valoraciones de urología y la práctica del procedimiento correctivo [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 01Cuaderno Principal Primera Parte, pdf No.01, folios 242-246]; y al final, por estas razones se ocasionó la pérdida del riñón izquierdo. Evidente es que, en modo alguno, se refirió el consentimiento informado, menos su inexistencia.

Los integrantes de la parte demandada nunca entendieron que se les enrostraba tal cuestión, sus defensas se enfocaron en refutar la existencia de una mala praxis que hubiere causado la fístula y en justificar las razones para esa tardanza [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 02Cuaderno Principal Parte dos, pdf No.01, folios 26-40 y 03Cuaderno Principal Parte tres, pdf No.01, folios 14-34].

Por su parte, en la fijación del litigio, ninguna mención se hizo del consentimiento, se tuvo por probado el hecho 1º referente a la consulta por miomatosis, la programación de la histerectomía, su práctica y las condiciones de salud al culminarla [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 01Cuaderno Principal Primera Parte, pdf No.01, folios 242 y 244] y

los demás supuestos fácticos quedaron para su demostración [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 03Cuaderno Principal Parte tres, carpeta AudienciaArt372, archivo audiencia inicial..., tiempo 00:12:58 a 00:13:28]; y, si bien, se decretó de oficio la incorporación del consentimiento informado, se hizo conjuntamente con otros apartes de la historia clínica [Ibidem, tiempo 02:50:46 a 02:51:33].

En esas condiciones, ninguna duda asiste que el otorgamiento del consentimiento informado, es totalmente ajeno a la causa para pedir, invocada en la demanda, no hubo reforma y tampoco se consideró al fijar el litigio; es innegable que, fundar la responsabilidad en su inexistencia, como se hizo en el fallo, **vulneró el debido proceso y el derecho de defensa del extremo pasivo**, que no tuvo oportunidad de defenderse de ese hecho.

Así las cosas, prosperarán los reparos relativos a la incongruencia de la sentencia, subsigue abordar la indebida apreciación probatoria relacionada con la tardanza en la práctica de la intervención correctiva, por ser la otra razón para atribuir la responsabilidad en primer grado.

• **LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.** Es aquella que puede generarse con ocasión de la aplicación de esta ciencia, dadas sus repercusiones vitales, particularmente en la integridad física y emocional, en general su incidencia sobre la salud de las personas. El profesor Santos B.³² la define como: “(...) *una responsabilidad profesional que estructura un comportamiento antijurídico como consecuencia del incumplimiento de deberes jurídicos a cargo de los médicos, relacionados con la práctica o ejercicio de su actividad (...)*”.

Quien asume la profesión galénica, en su práctica se debe a las respectivas normas (Leyes 14 de 1962, 23 de 1981 y su decreto reglamentario No.3380 de 1981, Ley 1164, entre otras) y directrices específicas según los cánones científicos y técnicos de su ejercicio, acorde con las formas usuales para cada tiempo y lugar, el conocimiento y el desarrollo propio de la ciencia. El médico está

³² SANTOS B., Jorge. Ob. cit., p.95.

sujeto a las reglas de la profesión en cualquiera de las fases de aplicación, es decir, en la prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control.

La responsabilidad médica o galénica se configura, por lo general, en la esfera de la denominada subjetiva en el régimen de probada³³, aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como *actividad peligrosa*³⁴; sin embargo, a esta fecha es sólido que su título de imputación es la culpa probada³⁵, según el precedente constante de la CSJ³⁶ y la doctrina mayoritaria³⁷, sin miramientos en que sea la modalidad contractual o extracontractual.

En la responsabilidad sanitaria la regla general es que las obligaciones debidas por los médicos en su ejercicio, son de medio³⁸⁻³⁹ y de manera excepcional de resultado (En las que impera la presunción de culpa⁴⁰), entre otras las cirugías estéticas reconstructivas⁴¹⁻⁴², el diligenciamiento de la historia clínica y la obtención del consentimiento⁴³, la elaboración de prótesis, aparatos ortopédicos, exámenes de laboratorio⁴⁴; y, también el secreto profesional⁴⁵, entre otros; distinción reiterada en diferentes decisiones⁴⁶.

En tratándose de obligaciones de medio opera la tesis de la culpa probada, mientras que para las llamadas de resultado impera la presunción de culpa⁴⁷.

³³ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001. MP: Ramírez G.; No.5507.

³⁴ CSJ, Civil. Sentencias de: (i) 14-03-1942, GJ, tomo XIII, p.937; y, (ii) 14-10-1959, MP: Morales M.

³⁵ CSJ. SC2506-2016; SC003-2018 y SC4786-2020.

³⁶ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, Ob. cit.

³⁷ JARAMILLO J., Carlos I. Responsabilidad civil médica, relación médico paciente, 2ª edición, editorial Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, Bogotá DC, 2011, p.142.

³⁸ PARRA G., Mario F. Responsabilidad civil, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, Bogotá DC, p.285.

³⁹ CSJ. SC-8219-2016 y SC-4786-2020.

⁴⁰ CSJ. SC-4786-2020.

⁴¹ CSJ, Civil. Sentencia del 05-11-2013, MP: Solarte R., No.2005-00025-01.

⁴² YEPES R., Sergio. La responsabilidad civil médica, Biblioteca jurídica Diké, edición 9ª, 2016, Medellín, p.97.

⁴³ CSJ. SC-2506-2016.

⁴⁴ CSJ. SC-4786-2020.

⁴⁵ YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.99.

⁴⁶ CSJ. SC-4786-2020; SC-003-2018 y SC-7110-2017.

⁴⁷ CSJ. SC-4786-2020.

De antaño la jurisprudencia de la CSJ⁴⁸, ha sostenido que las obligaciones de medio tienen implícito un mayor esfuerzo demostrativo para el reclamante⁴⁹. Cuando el título de imputación es el de la culpa probada, no cabe duda que la carga probatoria gravita en cabeza del demandante, así señala, en forma pacífica, el órgano de cierre de la especialidad, desde antaño⁵⁰, en parecer conservado (2020)⁵¹.

Así las cosas, corresponde al extremo activo demostrar todos sus elementos axiales: **(i)** La conducta antijurídica o hecho dañoso, **(ii)** El daño, **(iii)** La causalidad⁵²; **(iv)** El factor de atribución, que corresponde a la culpa, cuando el régimen sea subjetivo; y, si es del caso, **(v)** el contrato, en aquellos eventos de infracción a los deberes adquiridos en el marco de un negocio jurídico.

Sin embargo, la misma Corporación desde 2001⁵³, empezó a acoger la tesis del CE de los años 1990⁵⁴ y 1992⁵⁵, incluso la misma CC⁵⁶, que reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la “*carga dinámica de la prueba*”⁵⁷ (Hoy con reconocimiento normativo expreso en el artículo 167 del CGP) y “*dependiendo de las circunstancias del asunto*”, el juzgador atribuirá el deber de acreditación sobre determinado hecho, teniendo⁵⁸:

... en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (*lex artis*).

⁴⁸ CSJ, Civil. Sentencias: **(i)** Del 05-03-1940; MP: Escallón; **(ii)** Del 12-09-1985; MP: Montoya G.; y, **(iii)** Del 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778.

⁴⁹ CSJ. SC-15746-2014 y SC-4786-2020.

⁵⁰ CSJ, Civil. Sentencia del 08-08-2011, MP: Munar C., No.2001-00778-01.

⁵¹ CSJ. SC-003-2018 y SC-3847-2020.

⁵² CSJ. SC-003-2018.

⁵³ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit.

⁵⁴ CE, Sección Tercera. Sentencia del 24-10-1990, CP: De Greiff R., No.5902.

⁵⁵ CE, Sección Tercera. Sentencia del 30-07-1992, CP: Suárez H., No.6897.

⁵⁶ CC. T006 de 1992.

⁵⁷ CSJ. SC-15746-2014.

⁵⁸ CSJ. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit.

Nótese cómo el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, sobre acciones populares, consagró por primera vez, la doctrina anotada.

En esta modalidad de la responsabilidad, la posición se conserva⁵⁹, pero precisando que “(...) lo que se presenta dentro del proceso es que la prueba se hace necesaria para la decisión (principio de la necesidad de la prueba) lo que conlleva al deber de aportación de las pruebas que cada parte está en la posibilidad de aportar, lo cual calificará el juez en su momento (...)”⁶⁰, tesis acogida por esta Sala Especializada⁶¹.

Ahora, en torno al examen de los elementos axiales, importa señalar que la culpa⁶² es la valoración subjetiva de una conducta⁶³⁻⁶⁴, mientras que la causalidad no solo es la constatación objetiva de una relación natural o fenoménica de causa-efecto, en palabras del maestro Adriano De Cupis⁶⁵: “(...) es el nexo etiológico material (es decir, objetivo o externo) que liga un fenómeno a otro, que en cuanto concierne al daño, constituye el factor de su imputación material al sujeto humano (...)”, sino también un juicio jurídico o normativo.

La causalidad ha sido de los temas más complejos de estudiar en la responsabilidad patrimonial, como enseña la literatura especializada (2020)⁶⁶, tanto en los sistemas del *common law* y como de *civil law* (2021)⁶⁷. El elemento causal no admite presunciones y siempre debe probarse⁶⁸, sea en el régimen contractual o extracontractual, de culpa probada o

⁵⁹ CSJ. SC-8219-2016.

⁶⁰ CSJ. SC-21828-2017.

⁶¹ TSP, Civil-Familia. Entre otras sentencias: MP: Grisales H. (i) SC-0071-2021; (ii) SC-0060-2021; MP: Saraza N. (iii) SC-0005-2021; y, (iv) SC-0085-2021

⁶² PRÉVOT, Juan M. La obligación de seguridad, 2ª edición, Bogotá DC, Temis, 2012, p.84.

⁶³ SANTOS B., Jorge. Ob. cit. p.423.

⁶⁴ PATIÑO, Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual, Revista de la Universidad Externado de Colombia, No.20, Colombia [En línea]. 2011 [Visitado el 2019-05-28]. Disponible en internet: www.revistas.uexternado.edu.co › Inicio › Núm. 20 (2011) › Patiño

⁶⁵ DE CUPIS, Adriano. El daño, teoría general de la responsabilidad civil, casa editorial Bosh, Barcelona, España, 2ª traducción del italiano, 1970, p.247.

⁶⁶ KEMELMAJER de C. Aida y JARAMILLO J. Carlos E. El criterio de la razonabilidad en el derecho privado, editorial Ibáñez y otras, 2020, p.470.

⁶⁷ BAENA A., Felisa. La causalidad en la responsabilidad civil, Tirant lo blanch, Bogotá DC, 2021, p.11.

⁶⁸ CSJ, Civil. Sentencia del 23-06-2005, No.058-95.

presunta; por su parte la culpabilidad sí las tiene y desde luego relevan de su acreditación (Art.2353 y 2356, CC, 982 y 1003, CCo, entre otras).

Mal pueden refundirse en un solo concepto estos factores, para estructurar la responsabilidad, o derivar el uno del otro. Afirma el citado tratadista italiano⁶⁹: “(...) *la relación de causalidad no puede confundirse con la culpa. (...)*”. Y, en el escenario patrio, acota Velásquez G.: “*Hemos de partir de que el vínculo de causalidad constituye un elemento de la responsabilidad civil, completamente distinto de la culpa.*”. Colofón: son distintos y se revisan en estadios diferentes.

Y este proceder fue precisado por la misma CSJ en 2009⁷⁰ en los siguientes términos: “*Establecida ex ante la realidad o certeza del daño, debe determinarse su causa e imputarse al sujeto, de donde, la relación, nexa o vínculo de causalidad, es el segundo elemento constante de la responsabilidad y consiste en precisar al autor del detrimento, mediante la imputación fáctica, física, material o causal del menoscabo a su conducta, sea por acción, sea por omisión. (...)*”. Y ha sido reiterado (2021)⁷¹.

El nexa se determina entre conducta y daño, así pregona el órgano de cierre de la especialidad en la mayoría⁷², desde hace algún tiempo (2002), adocina: “(...) *El fundamento de la exigencia del nexa causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, (...)*”. Es precedente de esta Sala⁷³.

Sostiene la Alta Colegiatura, de antaño⁷⁴, en discernimiento patrocinado por la CC⁷⁵ (Criterio auxiliar) que, para establecer la causalidad, se usan a las reglas de la experiencia, los juicios de probabilidad y el sentido de razonabilidad.

⁶⁹ DE CUPIS, Adriano. Ob. cit., p.247.

⁷⁰ CSJ. Sentencia del 24-08-2009; MP: Namén V., No.2001-01054-01.

⁷¹ CSJ. SC-3604-2021.

⁷² CSJ, Civil. Sentencia del 26-09-2002, MP: Santos B., No.6878.

⁷³ TS. Pereira. (1) SC-0046-2021, (2) SC-0039-2021.

⁷⁴ CSJ, Civil. Sentencia del 26-09-2002; ob. cit.

⁷⁵ CC. T-609 de 2014.

Ya en desarrollos doctrinarios posteriores y recientes (2020⁷⁶-2021⁷⁷), precisó que en tal fenómeno concurren elementos fácticos y jurídicos, posición ya expuesta (2016⁷⁸ y 2018⁷⁹); de la mano de la doctrina foránea, distinguió la causa material o física de la jurídica o de derecho⁸⁰.

Señaló la CSJ que para determinar la primera se emplea el: *“juicio sine qua non y su objetivo es determinar los hechos o actuaciones que probablemente tuvieron injerencia en la producción del daño, por cuanto de faltar no sería posible su materialización.”*, enseguida, respecto a la segunda categorización (causalidad jurídica) asentó: *“Con posterioridad se hace la evaluación jurídica, con el fin de atribuir sentido legal a cada gestión, a partir de un actuar propio o ajeno, donde se hará la ponderación del tipo de conexión y su cercanía.”*. Este planteamiento sigue el pensamiento especializado mayoritario, Rojas Quiñones⁸¹, y otros de recientes obras (2020)⁸² (2021)⁸³; en el orden foráneo Le Tourneau⁸⁴; en la misma línea los PETL (*Principios europeos en derecho de daños - Principles of european tort law*).

Empero, aunque existe libertad probatoria, es insuficiente el sentido común o reglas de la experiencia, porque tratándose de un tema científico, el instrumento persuasivo que mejor se aviene es: *“El dictamen médico de expertos médicos es indudablemente (...) que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el deceso de una persona por la actividad de otras. (...)”*⁸⁵; sin embargo, el juez habrá de acudir también a los documentos o testimonios técnicos, para esclarecer la cuestión sometida a su escrutinio,

⁷⁶ CSJ. SC-3348-2020.

⁷⁷ CSJ. SC-2348-2021 y SC-3604-2021.

⁷⁸ CSJ. SC-13925-2016.

⁷⁹ CSJ. SC-002-2018.

⁸⁰ LÓPEZ M., Marcelo. La responsabilidad civil médica, en el nuevo Código Civil y Comercial, derecho comparado, Buenos Aires, A. 2ª edición, 2016, p.433.

⁸¹ ROJAS Q., Sergio, Responsabilidad civil, la nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales, editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2014, p.270.

⁸² GIRALDO G., Luis F. La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil, su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica, Bogotá DC, 2ª edición, 2018, p.213.

⁸³ BAENA A., Felisa. Ob. cit., p.12.

⁸⁴ LE TOURNEAU. Philippe. La responsabilidad civil profesional, Bogotá DC, Legis, 2ª edición, traducción de Javier Tamayo J., 2014, p.108.

⁸⁵ CSJ, Civil. Sentencia del 08-05-1990, que sigue el razonamiento de los fallos de 24-09-1952, *G.J.* No. 2119, p. 237, y del 05-07-1957, *G.J.* No. 2184, p. 676, según explica el profesor SANTOS B., *ob. cit.*, p.112.

según el artículo 176, CGP, sobre apreciación conjunta de las pruebas. Sin tener parámetros de comparación, ante la ausencia de probanzas de ese talante, es poco plausible atribuir una inadecuada atención.

En este caso, no se aplicó la teoría de la carga dinámica de la prueba. La decisión respectiva se emitió en audiencia del 30-10-2018 [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 03Cuaderno Principal Parte tres, carpeta AudienciaArt372, archivo audiencia inicial..., tiempo 00:12:58 a 00:13:28] y ninguna previsión hizo en tal sentido y las partes tampoco se manifestaron. En suma, gravitaba en los demandantes la demostración de todos los requisitos de la pretensión invocada (Carga de la prueba). Ello porque así compete en este tipo de asuntos, según reitera la CSJ (2020)⁸⁶:

... corresponde a quien demanda la declaración de responsabilidad y la correspondiente condena: 1. Desvirtuar los principios de benevolencia o no maledicencia. 2. Según la naturaleza de la responsabilidad en que se incurra (subjetiva u objetiva), o de la modalidad de las obligaciones adquiridas (de medio o de resultado), mediante la prueba de sus requisitos axiológicos. En particular, probar la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla, así como la culpabilidad. En todo caso, no basta la afirmación del actor carente de los medios de convicción demostrativos de los hechos que se imputan. Todo el resaltado es de esta Sala

- **RESOLUCIÓN. TRIUNFA.** Es ineficaz la historia clínica para estimar probada la mora en la atención.

El fallo revisó primero la culpa, sin cerciorarse de la existencia del nexo causal como presupuesto previo de indispensable constatación, según el orden metodológico fijado por la doctrina⁸⁷ y jurisprudencia de esta Sala⁸⁸. Empero, como sobre este elemento es reparo, la demora, será este el objeto del estudio subsiguiente.

⁸⁶ CSJ. SC-3847-2020.

⁸⁷ HINESTROSA, Fernando. Prólogo, En: HENAO, Juan Carlos. El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, reimpresión, Bogotá DC, Universidad Externado de Colombia, 1999, p.15.

⁸⁸ TS. Pereira. SC-0030-2021.

Como ya se dijera, la culpabilidad se refiere a la valoración subjetiva de la conducta del personal médico, en comparación con los parámetros establecidos por la ciencia, sin estos es poco plausible atribuir una inadecuada atención. Señaló la CSJ en reciente (25-08-2021)⁸⁹ decisión:

En los juicios de responsabilidad médica, entonces, se torna necesario determinar la conducta (abstracta) que habría adoptado el consabido profesional medio de la especialidad, enfrentado al cuadro del paciente, y atendiendo las normas de la ciencia médica, para luego compararlo con el proceder del galeno enjuiciado, parangón que ha de permitir establecer si este último actuó, o no, de acuerdo con el estándar de conducta que le era exigible⁹⁰. Si lo primero, no podrá concretarse la responsabilidad civil; si lo segundo, será necesario entroncar su “culpa”, en el sentido explicado, con el resultado dañoso alegado en la demanda.

De esa manera, competía a la parte actora acreditar este factor, con elementos suasorios de carácter técnico y científico que respaldara sus afirmaciones.

La historia clínica es un medio probatorio, que por sí solo, es insuficiente para demostrar la culpa, como infracción a la ley del arte (*Lex artis*), ya se anotó que, en materias científicas como la medicina, se requieren probanzas de esa misma naturaleza.

Ilustra el precedente de la CSJ (2018)⁹¹: “*Las historias clínicas y las fórmulas médicas, por lo tanto, en línea de principio, por sí, se insiste, no serían bastantes para dejar sentado con certeza los elementos de la responsabilidad de que se trata, porque sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpretara, andaría el juez a tientas (...)*”. Doctrina probable (2020)⁹², acogida por esta Sala⁹³ y otras⁹⁴ de este Tribunal.

⁸⁹ CSJ. SC-3604-2021.

⁹⁰ En cualquier caso, no pueden obviarse algunos criterios de flexibilización de la prueba de la culpa, como las presunciones judiciales que surgen de la aplicación de la doctrina de la culpa virtual, o *res ipsa loquitur*, operante en supuestos como el oblitio quirúrgico (*Cfr.* CSJ SC7110-2017, 24 may.).

⁹¹ CSJ. SC-003-2018.

⁹² CSJ. SC-917-2020; SC-5641-2018 y SC-003-2018, entre otras.

⁹³ TS. Pereira. SC-0002-2021.

⁹⁴ TS. Pereira. SC-0029-2021.

No en vano prescribe el artículo 226, CGP (Antes 233, CPC) que procede la peritación *para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos; bien se aprecia que se incluye el área técnica y artística, en manera alguna se reduce a las ciencias.*

La judicatura no puede concluir la responsabilidad profesional con base en la lectura desprevenida de la historia clínica, hácese indispensable el dictamen sobre los hechos que configuran el tema de prueba (Art.174, CGP), en cada proceso, esto es, aquellos supuestos fácticos que deben ser probados⁹⁵, la condición particular del paciente, los tratamientos médicos aplicados, etc.

La mora endilgada, necesita (Art.164, CGP) del concepto de expertos de la misma ciencia revisada, para que la califiquen y den cuenta de los protocolos de la *lex artis* empleados, si se desatendieron y cómo fueron desconocidos (Culpa); o, al contrario, si se siguieron a cabalidad. Todo con las fundamentaciones de respaldo; claras, precisas, exhaustivas y detalladas; explicativas de sus métodos, experimentos e investigaciones; en suma, debidamente fundadas (Art.226, inciso 5º, CGP).

Las anotaciones en la historia clínica para inferir la mora imputada son insuficientes, pues al tasar el registro cronológico de los servicios brindados (Resolución 1995 del 08-07-99, artículo 1º, literal a)), según la secuencia que enseguida se detallará, no brota patente la deficiencia del servicio que se alega.

El 09-01-2015 se prescribió el procedimiento correctivo con la connotación de urgente [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 01Cuaderno Principal Primera Parte, pdf No.01, folio 87], luego, el 09-03-2015 la paciente asistió para valoración prequirúrgica y refirió mejoría, se ordenaron nuevos exámenes y control con resultados [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 01Cuaderno Principal Primera Parte, pdf No.01, folio 115]. El 10-

⁹⁵ LÓPEZ B. Hernán F. Código General del Proceso, pruebas, tomo III, 3ª edición, Dupré editores, Bogotá DC, 2017, p.73.

04-2015 al examinar los resultados volvió a ordenarse con urgencia una biopsia [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 01Cuaderno Principal Primera Parte, pdf No.01, folio 149].

El procedimiento se programó para el 16-07-2015 [Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta 01PrimeraInstancia, 01Cuaderno Principal Primera Parte, pdf No.01, folios 212-213] pero en esa calenda no se realizó, sin que haya anotación de las razones que lo impidieron y, finalmente, fue intervenida el 15-08-2015 [Ibidem, pdf No.01, folio 125 y ss].

No transcurrieron ocho (8) meses sin justificación, la primera orden se desatendió por mejoría de la paciente; luego fue prescrito de nuevo, previos los exámenes de toda cirugía y aunque pasaron más de tres (3) meses (Del 10-04-2015 al 15-08-2015), en principio, habría una aparente demora, sin embargo, esta circunstancia por sí sola es insuficiente para concluir que ese proceder fue negligente o culposo, ya que, al tratarse de asuntos propios de la medicina, inexorable que se acrediten con probanzas de semejante naturaleza científica.

El fallo entendió las infecciones (No figuran en la historia clínica) como síntoma del mal funcionamiento para derivar culpa, sin embargo, reluce un juicio infundado por afincarse en valoraciones sin el auxilio de la medicina que es la llamada en el caso, a ilustrar la situación concreta; carece de razonabilidad que la judicatura se arrogue potestades diferentes a las jurídicas, para la resolución de los litigios, cuando el tema de prueba se estructura en hechos de índole científico, técnico o artístico, para tales fines ha diseñado el Estatuto Adjetivo medios probatorios más adecuados (Pericias y testigos técnicos). A fuerza de redundar, explica la CSJ (2020)⁹⁶:

No obstante, en sí misma, carece de aptitud para revelar las faltas imputados a los convocados al juicio. Esto, desde luego, no significa la postulación de una tarifa probatoria en materia de responsabilidad médica o de cualquier otra disciplina objeto de juzgamiento. Tratándose de asuntos médicos, cuyos conocimientos

⁹⁶ CSJ. SC-917-2020.

son especializados, se requieren esencialmente pruebas de igual modalidad, demostrativas de una mala *praxis*.

Como el juez es ajeno al conocimiento de la disciplina médica, la Corte, tiene explicado que «(...) *un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar (...) sobre las reglas (...) que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga (...)*»⁹⁷.

Las historias clínicas y las prescripciones emitidas por los facultativos, en principio, se insiste, no serían suficientes, sin más, para dejar fijados con certeza los elementos de la responsabilidad endilgada. Sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpreten, andaría el juez a tientas en orden a determinar, según se dejó sentado en el mismo antecedente inmediatamente citado, «(...) *si lo que se estaba haciendo en la clínica era o no un tratamiento adecuado y pertinente según las reglas del arte (...)*».

La gestión probática del extremo activo, que tenía esa carga procesal, fue hartamente exigua, a pesar de contar con todas las posibilidades para incorporar y solicitar diferentes medios de prueba, a fin de brindar elementos persuasivos eficaces para demostrar los hechos aducidos como basamento de sus reclamos resarcitorios, específicamente para acreditar la culpa y la causa, apenas trajo la historia clínica; las atestaciones pedidas referían los perjuicios.

Son muchas las incertidumbres que quedan: si hubo o no infecciones y cómo afectaron la cirugía correctiva, en qué consistió la mejoría de la paciente, cuál fue la incidencia de la hidrofrenosis y el efecto de la fístula vesico-vaginal; algunos de estos hechos documentados en la historia clínica, que en su esclarecimiento, ameritaban el concurso de otras pruebas que las despejaran, pero *no obran en el expediente porque se descató la carga probatoria* que le incumbía a esa parte demandante, según enuncia el artículo 167, CGP (Antes 177, CPC).

En todo caso, si pudiera estimarse la demora mencionada para basar la

⁹⁷ CSJ. Civil. Sentencia 183 de 26 de septiembre de 2002, expediente 6878.

culpabilidad, fracasaría la pretensión reparatoria porque el juicio subsiguiente de la causalidad (En especial la jurídica o de derecho), quedó sin acreditación; aparece admisible entender que hubo causalidad material, en razón a que, según el recuento de los actos médicos relatados, existe un encadenamiento causal en cada uno de los servicios brindados.

Ahora, para completar el juicio de comprobación causal, correspondería adelantar el examen jurídico, que en el derecho anglosajón se conoce como el *test sobre el alcance de la responsabilidad*⁹⁸ para cuyo propósito se aplica la causalidad adecuada, entendida como aquella que solo estima causa aquel suceso que, según los criterios de normalidad o regularidad, de probabilidad y, explica en forma adecuada o idónea el resultado nocivo.

Empero, como el caso presente pertenece a la **ciencia médica** y son esos parámetros propios los que permiten verificarla, imposible resulta para la Magistratura su constatación ante la inexistencia de pruebas técnicas y científicas, como tantas veces se ha pregonado.

Con estribo en la notoria deficiencia probatoria reseñada, para esta Sala el descontento de la alzada resulta infundado para la revocatoria querida; como se ve, innecesario examinar el llamamiento en garantía.

7. LAS DECISIONES FINALES

En armonía con lo discernido, prosperan las alzadas y, consecuentemente, se: **(i)** Revocará en su integridad la sentencia atacada, para en su lugar, negar las pretensiones; **(ii)** Condenará en costas, en ambas instancias, a la parte demandante y a favor de la demandada, dada la revocatoria íntegra del fallo (Artículo 365-4º, CGP).

La liquidación de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el

⁹⁸ BAENA A., Felisa. Ob. cit., p.61.

artículo 366, CGP, las agencias en esta instancia se fijarán en auto posterior según criterio de la CSJ⁹⁹ (2017). Se hace en auto y no en la sentencia misma, porque esa expresa novedad, introducida por la Ley 1395 de 2010, desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365, CGP.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA,

1. REVOCAR el fallo emitido el 18-02-2021 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, R, en su lugar, DENEGAR las pretensiones de la demanda.
2. CONDENAR en costas, en ambas instancias, a la parte demandante y a favor de la demandada. Se liquidarán en primera instancia y las agencias en esta sede, se fijarán en auto posterior.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C.
MAGISTRADO

JAIME ALBERTO SARAZA N.
MAGISTRADO

⁹⁹ CSJ. STC-8528 y STC-6952-2017.

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

09-05-2022

CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO
SECRETARIO

DGH/DGD/2022

Firmado Por:

Duberney Grisales Herrera
Magistrado
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Edder Jimmy Sanchez Calambas
Magistrado
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Jaime Alberto Zaraza Naranjo
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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:

**6e34d8ebbedd00140e39d062d7b8c1bed054abe4cb21102e40f6c7af
2968282e**

Documento generado en 06/05/2022 11:51:38 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>