



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-0044-2022

ASUNTO : SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO - CIVIL
TIPO DE PROCESO : VERBAL – RESPONSABILIDAD MÉDICA
DEMANDANTES : MYRIAM LONDOÑO R., PAULA F. Y CLAUDIA M. ACEVEDO L. Y OTROS
DEMANDADOS : CORPORACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS
INTERNACIONALES. THEM & CÍA LTDA. Y OTROS
PROCEDENCIA : JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA, R.
RADICACIÓN : 66001-31-03-003-2019-00180-03
TEMAS : CAUSALIDAD FÁCTICA – PERITAJES: REQUISITOS
MAG. PONENTE : DUBERNEY GRISALES HERRERA
APROBADA EN SESIÓN: 415 DE 30-08-2022

TREINTA (30) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso vertical propuesto por la parte actora, contra la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, R. el día **16-07-2021** (Recibido de reparto el día 29-09-2021), que definió el litigio en primer grado.

2. LA SÍNTESIS DE LA DEMANDA

2.1. LOS HECHOS RELEVANTES. La señora Myriam Londoño Ramírez consultó en Pinares Médica el 08-12-2014 por dolor abdominal agudo, fue remitida 28 horas después con impresión diagnóstica, de “dolor abdominal posible apendicitis”, sin tratamiento pero con antibióticos que enmascaraban los síntomas. Ingresó a la clínica Comfamiliar pero su evaluación tardó hasta el

12-12-2014 donde confirmaron la apendicitis. Así la paciente fue sometida a varios procedimientos, incapacidades y secuelas, en especial, insuficiencia renal crónica.

Esa situación cambió las condiciones de vida de la señora Myriam: asistir a controles donde el nefrólogo cada 3 meses, modificar su dieta, restricciones de medicamentos, ejercer normalmente su profesión de abogada, entre otros (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte1, carpeta Cuaderno 1, pdf No.01..., folios 4-6).

La demanda se reformó para citar, en el acápite de hechos, anotaciones de la historia clínica y exponer que la atención fue inoportuna, alejada de la *lex artis*, que en consecuencia, su vida laboral se afectó y se le causaron daños extrapatrimoniales, al igual que a su núcleo familiar. También se solicitaron y adjuntaron pruebas (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte2, carpeta Cuaderno 2, pdf No.05).

2.2. LAS PRETENSIONES. **(i)** Declarar a los demandados, administrativa y solidariamente, responsables de las lesiones causadas a la actora y los consecuentes daños a los demás demandantes; **(ii)** Ordenar la reparación integral; **(iii)** Condenar a pagar a favor de: **(a)** Myriam Londoño R.: lucro cesante, daños moral, a la vida de relación o convencional y a la salud; **(b)** Daños morales para Paula F. y Claudia F. Acevedo L. (Hijas); José D. García A., Juan C. y Luisa F. Betancur A. (Nietos); y Fernando Betancur G. (Yerno); y, **(c)** Daño a la vida de relación o convencional para las hijas Paula F. y Claudia F. Acevedo Londoño (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte1, carpeta Cuaderno 1, pdf No.01..., folios 3-4).

3. LA DEFENSA DE LA PARTE PASIVA

3.1. CORPORACIÓN SERVICIOS MÉDICOS INTERNACIONALES THEM & CÍA LTDA. - COSMITET LTDA. (CODEMANDADA). En adelante Cosmitet Ltda. Aceptó los hechos

Nos.1° a 4° y 6°, negó los Nos.7° a 9°, 12° a 14° y los demás dijo no constarle. Se opuso a las súplicas y como excepciones propuso: **(a)** Previa: No integración de litisconsorcio necesario; y, **(b)** De fondo: entre otras: **(i)** Inexistencia de nexo causal entre EPS y el presunto daño; **(ii)** Obligación de medio y no de resultado; **(iii)** Cumplimiento de obligaciones; e, **(iv)** Inexistencia de falla médica (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte1, carpeta Cuaderno 1, pdf No.12). La contestación a la reforma de la demanda fue en similar sentido (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte2, carpeta Cuaderno 2, pdf No.20).

3.2. CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DEL CHOCÓ – COMFACHOCÓ- (CODEMANDADA). Afirmó no constarle los hechos Nos. 1°, 5° a 7° y 13°, admitió el No.4°, los demás consideró que eran apreciaciones jurídicas del extremo activo. Repelió las pretensiones y como excepciones formuló falta de legitimación por pasiva (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte1, carpeta Cuaderno 1, pdf No.14).

3.3. FUNDACIÓN MÉDICO PREVENTIVA PARA EL BIENESTAR SOCIAL (CODEMANDADA). Debidamente notificada (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte1, carpeta Cuaderno 1, pdf Nos.09 y 10), guardó silencio, según constancia que describe los demandados que contestaron (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte2, carpeta Cuaderno 2, pdf No.16).

3.4. MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (CODEMANDADO). Admitió los hechos Nos. 1°, 4° y parcialmente el No.3°, se abstuvo de pronunciarse frente al No.9° y del resto aseveró no le constaban. Resistió el petitorio y como excepciones presentó: **(a)** Previas: Falta de legitimación en la causa por pasiva y falta de jurisdicción; **(b)** De mérito: entre otras: **(i)** Inexistencia de la obligación; **(ii)** Cobro de lo no debido; **(iii)** Falta de legitimación en la causa por activa; y, **(iv)** Buena fe (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte1, carpeta Cuaderno 1, pdf No.017).

3.5. LA FIDUCIARIA LA PREVISORA SA – FIDUPREVISORA SA. (CODEMANDADA). Contestó en idéntico sentido que el Ministerio de Educación Nacional (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte2, carpeta Cuaderno 2, pdf No.01). La respuesta a la reforma de la demanda fue en similar sentido (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte2, carpeta Cuaderno 2, pdf No.21).

3.6. CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR – COMFAMILIAR RISARALDA- (CODEMANDADA). La admisión debió corregirse para incluirla en el extremo pasivo (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte2, carpeta Cuaderno 2, pdf No.23). Aseguró no le constaban la mayoría de los hechos, los demás estimó no lo eran. Se opuso a las pretensiones y excepcionó: **(i)** Adecuada práctica médica- cumplimiento de la *lex artis*; **(ii)** Inexistencia de causalidad; y, **(iii)** Genérica o innominada (*Sic*) (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte2, carpeta Cuaderno 2, pdf No.26).

3.7. ALLIANZ SEGUROS SA - (LLAMADA EN GARANTÍA). Frente al llamamiento aceptó los hechos Nos. 2º, 3º y 6º, parcialmente los No.1º y 4º, negó el No.6º. Resistió sus pretensiones y excepcionó “No haberse presentado reclamación en término del contrato (*Claims Made*)” y, subsidiariamente, “El asegurado debe asumir el valor del deducible”. Respecto a la demanda_principal dijo no constarle los supuestos fácticos y excepcionó: No presentarse una falla en la prestación del servicio por parte de la clínica Comfamiliar Risaralda y otras más (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte2, carpeta Cuaderno 2, pdf No.03).

4. EL RESUMEN DE LA DECISIÓN APELADA

En la parte resolutive: **(i)** Declaró falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación - Ministerio de Educación Nacional Foag (*Sic*) - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria La Previsora SA; **(ii)** Negó las pretensiones; y, **(iii)** Condenó en costas a los demandantes.

Desestimó la legitimación de algunas entidades demandadas porque no

hicieron parte de la atención prestada a la paciente. Luego señaló: “(...) *En cuanto al nexo de causalidad, tiene vinculación directa y necesaria con el concepto de culpabilidad aunque es independiente de este último bajo las precisas circunstancias en que se producen los hechos, que dan lugar a las reclamaciones por concepto de falla en el servicio médico, de negligencia, de errores en la prestación del mismo (¿?). Se encuentran ligados en el aspecto probatorio y conceptual los temas asociados al nexo causal y a la culpabilidad (...)*” (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno01Parte3, carpeta Cuaderno 3, pdf No.77 y link en pdf No.76, tiempo 01:48:01 a 01:48:28). El paréntesis de la transcripción literal es de esta Sala.

Enseguida, detalló en extenso los tres (3) dictámenes periciales acopiados e indicó que, con los dos últimos (Presentados por la EPS demandada) y las atestaciones de Alejandro López M. y el médico Carlos A. Becerra A. (De la parte actora), se desvirtuaron las conclusiones del primero (De la parte demandante), y que atribuía responsabilidad. Ningún aspecto permite concluir que los testigos hayan mentido, sus versiones se muestran claras, dan cuenta de la oportunidad en la atención de la paciente; los síntomas en forma alguna demostraban un abdomen quirúrgico, su edad, ser mujer y los antecedentes, exigían la verificación de otros diagnósticos, con los medios utilizados.

En suma, no encontró acreditada la culpa y la relación de causalidad (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno01Parte3, carpeta Cuaderno 3, pdf No.77 y link en pdf No.76, tiempo 01:42:42 a 02:33:26).

5. LA SÍNTESIS DE LA ALZADA

5.1. LOS REPAROS DE LOS DEMANDANTES. **(i)** Revictimización de la actora – Desconocimiento de sus derechos fundamentales y su grupo familiar; **(ii)** Indebida valoración de dictámenes y testimonios médicos contrastados con la historia clínica; **(iii)** La decisión se fundó en pruebas ilegales y sobre procedimientos incorrectos; **(iv)** Los medios demostrativos del extremo pasivo no son dignos (Sic) de valoración; **(v)** El fallo no desvirtuó el nexo causal y desconoció principios como la causa eficiente o la relación riesgo

beneficio; **(vi)** Dejó de valorarse que si las fallas médicas se advierten en la IPS Pinares Médica, que no se demandó, quien debe responder es la EPS; y, **(viii)** La verdad puede buscarse en la historia clínica o en las guías de atención del Ministerio de Protección Social que están disponibles en la web (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno01Parte3, carpeta Cuaderno 3, pdf No.78).

5.2. LA SUSTENTACIÓN. Según el Decreto Presidencial No.806 de 2020, el recurrente aportó por escrito, la argumentación de sus reparos en tiempo (Carpeta 02Segunda..., carpeta 03Cuaderno4..., pdf No.23). Se expondrán 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. Criterio ratificado recientemente (25-05-2022)⁵ por la CSJ. 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

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.

⁵ CSJ, Civil. SC -592-2022.

del derecho de acción, así se identificarán quiénes están autorizados por el 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 acción⁶, 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.

La demanda no concretó la modalidad de responsabilidad civil (Se presentó ante la justicia administrativa), sin embargo, la juzgadora de primera instancia, en razonamiento compartido, la entendió en las esferas contractual y aquiliana, de forma acumulada, posibilidad admitida por esta especialidad, desde antaño (CSJ)⁷ y acogida por esta Sala de tiempo atrás⁸.

6.2.1. POR ACTIVA. Está cumplida. Tiene habilitación legal la señora Myriam Londoño Ramírez, pues fue quien como afiliada recibió los servicios médicos, relación jurídica aceptada por la EPS Cosmitet Ltda. al contestar (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte1, carpeta Cuaderno 1, pdf No.12, hecho 4° y excepción primera); además, esta tipología de negocios está excluida de solemnidades.

Por su parte, Paola F. y Claudia M. Acevedo L. (Hijas), José D. García A., Luisa F. y Juan C. Betancur A. (Nietos), así como, Fernando Betancur G. (Compañero permanente de Claudia Marcela); son ajenos a la referida relación negocial, su pretensión reparatoria es extracontractual.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ 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.

Estas personas son víctimas indirectas (Dadas las afecciones sufridas, en el orden de mención: madre, abuela y suegra), secundarias, colaterales, reflejas o de rebote, y por esa calidad, la súplica es personal y no hereditaria⁹⁻¹⁰. Obran para acreditar tales condiciones los registros civiles respectivos (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte2, carpeta Cuaderno 2, pdf No.11, folios 3-12) y declaración extrajuicio (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte2, carpeta Cuaderno 2, pdf No.11, folios 13-14).

6.2.2. POR PASIVA. Cumplida también; Cosmitet Ltda y Comfamiliar Risaralda, son las entidades a las que 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 Londoño Ramírez; es aplicación de la teoría de la *“coautoría en la producción del perjuicio”*¹¹.

Aquella por ser la afiliadora y esta por ejecutora material del servicio médico, según criterio de antaño, de la jurisprudencia de la CSJ¹²: *“(...) 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)¹³, prohijado por esta misma Sala (2021)¹⁴. En el mismo sentido la doctrina patria, Santos Ballesteros¹⁵ y la profesora Fernández Muñoz (2019)¹⁶.

Fueron llamados a responder, también, de manera directa el (i) Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y (ii) La Fiduciaria La Previsora SA – Fiduprevisora SA-, pero como la sentencia declaró incumplido tal presupuesto y no fue refutado en la

⁹ CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, MP: Namén V.; No.1999-00533-01.

¹⁰ TAMAYO J., Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo I, 2ª edición, Legis, Bogotá DC, 2007, p.126.

¹¹ SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, 3ª edición, Bogotá DC, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.498.

¹² CSJ. Civil. Sentencia del 11-09-2002, MP: Ramírez G., No.6430.

¹³ CSJ. SC-2769-2020.

¹⁴ TSP. SC-0060-2021.

¹⁵ SANTOS B., Jorge. Responsabilidad civil, tomo I, parte general, 3ª edición, Bogotá DC, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y Temis, 2012, p.115

¹⁶ FERNÁNDEZ M., Mónica L. Responsabilidad médica en la especialidad civil, Módulo de aprendizaje autodirigido, EJRLB, Bogotá DC, 2019, pág.57.

alzada, es intangible ahora para esta Sala.

Idéntica suerte corre la legitimación de la (i) Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social y la (ii) Caja de Compensación Familiar del Chocó – Comfachocó-, pues aunque la primera instancia guardó silencio, reluce que tales entidades no participaron en la asistencia médica brindada a la paciente (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte1, carpeta Cuaderno 1, pdf No.12, folio 6, excepción primera). Se adicionará el fallo en este sentido.

6.2.3. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Ningún reparo hay sobre la vinculación de Allianz Seguros SA, según la póliza suscrita con Comfamiliar Risaralda, pues estaba vigente para la fecha de la atención de la paciente (08-12-2014), tenía cobertura desde el 31-01-2012, con renovación del 30-01-2019, según las copias aparejadas (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno2Parte2, carpeta Cuaderno 2, pdf No.28, folios 16-17 y ss).

6.3. EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER. ¿Se debe revocar o modificar la sentencia desestimatoria proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, R., según la apelación de la parte actora?

6.4. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA

6.4.1. Los límites de la apelación impugnaticia. En esta sede se definen por los temas objeto del recurso, patente aplicación del modelo dispositivo del proceso civil nacional [Arts. 320 y 328, CGP]; se reconoce hoy como la *pretensión impugnaticia*¹⁷, novedad de la nueva regulación procedimental del CGP, según la literatura especializada, entre ellos el doctor Forero S.¹⁸. El profesor Bejarano G.¹⁹, discrepa al entender que contraviene la tutela judicial

¹⁷ 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.

¹⁸ FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en segunda instancia, En: ICDP. Memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal en Cali, Bogotá DC, editorial Universidad Libre, 2018, p.307-324.

¹⁹ BEJARANO G., Ramiro. Falencias dialécticas del CGP, En: ICDP. Memorial del Congreso XXXVIII en Cartagena, editorial Universidad Libre, Bogotá DC, 2017, p.639-663.

efectiva, de igual parecer Quintero G.²⁰, más esta Magistratura disiente de esas opiniones, que son minoritarias.

Acoge la aludida restricción, de manera pacífica y consistente, esta Colegiatura en múltiples decisiones, por ejemplo, las más recientes: de esta misma Sala y de otra²¹. En la última sentencia mencionada, se prohibió lo argüido por la CSJ en 2017²², eso sí como criterio auxiliar, ya en decisiones posteriores y más recientes, la CSJ²³ (2019- 2021 y 2022), en sede de casación reiteró la tesis de la referida pretensión. El profesor Parra B.²⁴, arguye en su obra (2021): *“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 Santos²⁵ (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 procesales²⁶ y sustanciales²⁷, las nulidades absolutas [Art. 2º, Ley 50 de 1936], las prestaciones mutuas²⁸, las costas procesales²⁹ y la extensión de la condena en concreto [Art.283,2, CGP], entre otros. Por último, la competencia es panorámica cuando ambas partes recurren en lo que les fue desfavorable [Art.328, inciso 2º, CGP].

²⁰ 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>

²¹ TS, 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.

²² CSJ. STC-9587-2017.

²³ CSJ. SC-2351-2019, SC-3148-2021 y SC-1303-2022.

²⁴ PARRA B., Jorge. Derecho procesal civil, 2ª edición puesta al día, Bogotá DC, Temis, 2021, p.403.

²⁵ SANABRIA S., Henry. Derecho procesal civil, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2021, p.703 ss.

²⁶ CSJ, SC-6795-2017. También sentencias: (i) 24-11-1993, MP: Romero S.; (ii) 06-06-2013, No.2008-01381-00, MP: Díaz R.

²⁷ CSJ. SC-1182-2016, reiterada en la SC-16669-2016.

²⁸ CSJ, Civil. Sentencia del 15-06-1995; MP: Romero S., No.4398.

²⁹ LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupré, 2019, p.1079.

6.4.2. LOS TEMAS DE APELACIÓN. En orden metodológico se resolverá así: **(i)** La acreditación de la causalidad y la valoración probatoria echada de menos e incorrecta; y, solo en caso de prosperar las pretensiones se examinará **(ii)** La revictimización de la parte actora.

La sentencia entremezcló la demostración de los elementos causa y culpa, pareciera entender que con la acreditación de la primera se tiene también probada la segunda; cuando, según el orden sistemático fijado por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala³⁰, se debe verificar la existencia del nexo causal como presupuesto previo, de indispensable constatación.

6.4.3. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA. NOCIÓN Y RÉGIMEN PROBATORIO. Se define como 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.³¹ la define como: “(...) una responsabilidad profesional que estructura un comportamiento antijurídico como consecuencia del incumplimiento de deberes jurídicos a cargo de los médicos, relacionados con la práctica o ejercicio de su actividad (...)”.

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

La responsabilidad médica o galénica se configura, por lo general, en la esfera

³⁰ TS. Pereira. (1) SC-0076-2021, (2) SC-0060-2021 y (3) SC-0046-2021, entre otras

³¹ SANTOS B., Jorge. Ob. cit., p.95.

de la denominada subjetiva en el régimen de probada³², aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como *actividad peligrosa*³³; sin embargo, a esta fecha es sólido que su título de imputación es la culpa probada³⁴, según el precedente constante de la CSJ (2021)³⁵ y la doctrina mayoritaria³⁶, sin miramientos en que sea la modalidad contractual o extracontractual.

De allí, que corresponde al demandante demostrar todos sus elementos axiales: **(i)** La conducta antijurídica o hecho dañoso, **(ii)** El daño, **(iii)** La causalidad³⁷; **(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.

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.

³² CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001. MP: Ramírez G.; No.5507.

³³ CSJ, Civil. Sentencias de: (i) 14-03-1942, GJ, tomo XIII, p.937; y, (ii) 14-10-1959, MP: Morales M.

³⁴ CSJ. SC2506-2016; SC003-2018 y SC4786-2020.

³⁵ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, Ob. cit. Reiterada en SC-3919-2021.

³⁶ JARAMILLO J., Carlos I. Responsabilidad civil médica, relación médico paciente, 2ª edición, editorial Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, Bogotá DC, 2011, p.142. También SERRANO E. Luis G. Tratado de responsabilidad médica, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y Ley, 2020, p.93.

³⁷ CSJ. SC-003-2018.

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 Díké, 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 lo ha señalado, en forma pacífica, el órgano de cierre de la especialidad, desde antaño⁵⁰, en parecer hoy conservado (2020)⁵¹:

... Por supuesto que, si bien el pacto de prestación del servicio médico puede generar diversas obligaciones a cargo del profesional que lo asume, y que atendiendo a la naturaleza de éstas dependerá, igualmente, su responsabilidad, no es menos cierto que, en tratándose de la ejecución del acto médico propiamente dicho, deberá indemnizar, en línea de principio y dejando a salvo algunas excepciones, los perjuicios que ocasione mediando culpa, en particular la llamada culpa profesional, o dolo, cuya carga probatoria asume el demandante, sin que sea admisible un principio general encaminado a establecer de manera absoluta una presunción de culpa de los facultativos (sentencias de 5 de marzo de 1940, 12 de septiembre de 1985, 30 de enero de 2001, entre otras)... La sublínea es extratextual.

A pesar de lo apuntado, la misma Corporación desde 2001⁵², empezó a acoger la tesis del CE de los años 1990⁵³ y 1992⁵⁴, incluso la misma CC⁵⁵, reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la “*carga dinámica de la prueba*”⁵⁶ (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, teniendo⁵⁷: “(...) *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,*

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

⁵³ CE, Sección Tercera. Sentencia del 24-10-1990, CP: De Greiff R., No.5902.

⁵⁴ CE, Sección Tercera. Sentencia del 30-07-1992, CP: Suárez H., No.6897.

⁵⁵ CC. T006 de 1992.

⁵⁶ CSJ. SC-15746-2014.

⁵⁷ CSJ. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit.

con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (lex artis).”. 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 conserva⁵⁸, 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 (...)*”⁵⁹, tesis acogida por esta Sala Especializada⁶⁰.

Ahora, en torno al examen de los elementos axiales de la responsabilidad médica, se advierte que la culpa⁶¹ consiste en la valoración subjetiva de una conducta⁶²⁻⁶³, 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 Cupis⁶⁴: “(...) *es el nexa 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 difíciles de estudiar en la responsabilidad patrimonial; se ha dicho que es el problema más complejo de la materia⁶⁵. Así enseña la literatura especializada (2020)⁶⁶, tanto en los sistemas del *common law* y como de *civil law* (2021)⁶⁷.

⁵⁸ CSJ. SC-8219-2016.

⁵⁹ CSJ. SC-21828-2017.

⁶⁰ 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

⁶¹ PRÉVOT, Juan M. La obligación de seguridad, 2ª edición, Bogotá DC, Temis, 2012, p.84.

⁶² SANTOS B., Jorge. Ob. cit. p.423.

⁶³ 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.uxternado.edu.co › Inicio › Núm. 20 (2011) › Patiño

⁶⁴ DE CUPIS, Adriano. El daño, teoría general de la responsabilidad civil, casa editorial Bosh, Barcelona, España, 2ª traducción del italiano, 1970, p.247.

⁶⁵ LÓPEZ M., Marcelo. La responsabilidad civil médica, en el nuevo Código Civil y Comercial, derecho comparado, Buenos Aires, A. 2ª edición, 2016, p.431.

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.

El elemento causal no admite presunciones y siempre debe probarse⁶⁸, sea en el régimen contractual o extracontractual, de culpa probada o 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 esenciales 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: siendo distintos, se revisan en estadios o momentos 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, nexo 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 nexo se determina entre conducta y daño, así pregonan el órgano de cierre de la especialidad en la mayoría⁷², desde hace algún tiempo (2002), adocina: “(...) *El fundamento de la exigencia del nexo 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, (...)*”. Este aspecto es precedente de esta Sala⁷³.

Sostuvo la Alta Colegiatura, de antaño⁷⁴, en discernimiento patrocinado por

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

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.

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.

Ya en desarrollos posteriores y recientes (2020⁷⁶-2021⁷⁷), precisó que en tal fenómeno concurren elementos fácticos y jurídicos, posición ya expuesta antes (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*

⁷⁵ CC. T-609 de 2014.

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. Ob. cit., 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.

otras. (...)”⁸⁵; sin embargo, el juez habrá de acudir también a los documentos o testimonios técnicos, para esclarecer la cuestión sometida a su escrutinio, según el artículo 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.

Se destaca que, para la resolución de este litigio, no se aplicó la teoría de la carga dinámica de la prueba. La decisión respectiva se emitió en audiencia, el 13-02-2020 (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno01Parte3, carpeta Cuaderno 3, pdf No.40 y archivo 85, tiempo 02:37:26 a 02:54:29), ninguna previsión se 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). 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.

6.4.4. LA SUSTENTACIÓN DE REPAROS. VALORACIÓN PROBATORIA. El apelante presentó, ante esta sede, un escrito con sus motivaciones así:

REPARO No.2º. Indebida valoración probatoria de dictámenes y testimonios médicos contrastados con la historia clínica: **(i)** Concluir que la peritación presentada por la parte actora fue desvirtuada por las aludidas pruebas, porque se presume que estos carecen de motivos para mentir, es atribuirle

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.

⁸⁶ CSJ. SC-3847-2020.

credibilidad sin una verdadera apreciación, además, hubo respuestas evasivas y arregladas; **(ii)** El experto presentado por la parte demandante concluyó, entre otras: (a) La apendicitis era muy posible según la escala de Alvarado; (b) Los signos con los que fue remitida la paciente se desconocieron; (c) Hubo tardanzas hasta de 25 horas; (d) Los analgésicos y antiinflamatorios enmascararon los síntomas; y, **(iii)** La validez que se dio a las historias clínicas omitió el desconocimiento de algunas de ellas de la Ley 23 de 1985.

REPARO No.3°. La sentencia se fundó en pruebas ilegales y en procedimientos incorrectos: **(i)** El experto en cirugía general Diego F. Cano Y. fue preparado y, por ende, parcializado, incluso usó expresiones por fuera de la ética médica que debió reprochar el juzgado; **(ii)** En los testimonios se advierte: (a) Andrés Tirado Chufji, dejó de ser técnico para ser una contradicción del dictamen allegado por la parte actora, entonces, carece de validez; (b) Carlos A. Becerra reconoció fallas en la prestación del servicio que dejó de valorar el fallo; y, (c) Alejandro López M. solo dio cuenta de la excelencia de los servicios prestados por la red, pero ninguna pregunta resolvió.

REPARO No.4°. Las pruebas presentadas por el extremo pasivo no son dignas (Sic) de valoración porque se: **(i)** Pretirió resolver la tacha contra el peritaje del cirujano general Diego Fernando Cano Yepes y el testimonio de Andrés Tirado Chufji; **(ii)** Limitó la actividad del recurrente para interrogar a los peritos, testigos técnicos y auditor de servicios; **(iii)** Impidió preguntar al precitado funcionario sobre lo relacionado con Pinares Médica, porque esa entidad no fue demandada, pero se consintió la versión del doctor Carlos Alberto Becerra quien trató a la paciente en esa entidad; y, **(iv)** Permitió que algunos cuestionamientos a los testigos partieran de la afirmación de que eran conclusiones del perito de la parte contraria.

REPARO No.5°. El fallo no desvirtuó el nexo causal entre las actitudes de las demandadas y el daño ocasionado, además, se desconocieron principios

como la causa eficiente o la relación riesgo beneficio para definir en el tratamiento a seguir.

REPARO No.6°. Dejó de apreciarse que si las fallas médicas se advierten en la IPS Pinares Médica, que no se demandó, quien debe responder es la EPS por la solidaridad de hechos de los terceros a su cargo.

REPARO No.7°. La verdad puede buscarse en la historia clínica o en las guías de atención del Ministerio de Protección Social que están disponibles fácilmente en la web (Carpeta 02Segunda..., carpeta 03Cuaderno4..., pdf No.23).

6.4.5. LA RESOLUCIÓN. FRACASAN. El análisis que admite el haz probatorio incorporado, es insuficiente para acreditar la causalidad como elemento estructural de la responsabilidad atribuida, malgrado ese examen inane revisar la culpabilidad, pues sabido es que los presupuestos son concurrentes.

- **Los peritajes recaudados.** Fueron ordenados y practicados en vigencia del CGP, por ende, su trámite queda gobernado por las reglas de tal régimen.

De entrada, en criterio de esta Sala, se viene a menos la eficacia probatoria de los realizados por los doctores Jacobo Evaristo Pérez P. (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte3, carpeta Cuaderno 3, pdf No.61) y Armando Rafael Ramos Guette (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte3, carpeta Cuaderno 3, pdf No.67, folios 3-4, 60-62); con estribo en la falta de las exigencias del artículo 226, CGP, bien se admita la tesis de la CSJ (2021)⁸⁷ en sede de tutela o, la sostenida por esta Sala de tiempo atrás (2018, 2019, 2021 y 2022)⁸⁸.

Esta última predica que, conforme al artículo 173, inciso 2°, ib., al pronunciarse sobre su admisibilidad debe el juzgador verificarlas, mientras

⁸⁷ CSJ. STC-2066-2021 y STC-7722-2021.

⁸⁸ TS, Civil-Familia. Sentencias (1) SC-0014-2022; (2) SC-0080-2021; y (3) 20-09-2019, No.2016-01465-01; MP: Grisales H. y, Autos (1) 03-02-2021, No.2015-00262-01; y (2) 17-04-2018, No. 2016-00279, ambos del MS: Grisales H.

la CSJ sostiene que es juicio restringido solo a la sentencia. Las irregularidades advertidas, por ser requisitos extrínsecos⁸⁹, en concreto formalidades particulares del juicio de admisibilidad, afectan la legalidad del medio suasorio comentado; en el mismo sentido la profesora Castellanos A. (2021)⁹⁰.

Las anomalías, en el realizado por el nefrólogo Ramos Guette (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte3, carpeta Cuaderno 3, pdf No.67, folios 3-4, 60-62), son haber preterido: **(i)** La manifestación bajo juramento de ser opinión independiente y corresponder a un real convencimiento profesional [Art.226, inciso 4°, CGP]; **(ii)** La lista de publicaciones relacionadas con la materia del peritaje, hechas en los últimos diez (10) años por el experto [Art.226-4°, ibidem]; **(iii)** La relación de casos en que haya actuado como perito, en los últimos cuatro (4) años, con discriminación del juzgado, partes, apoderados y materia [Art.226-5°, ibidem].

(iv) La información de sí ha actuado en procesos de la misma parte o su apoderado [Art.226-6°, ibidem]; **(v)** La indicación si se encuentra incurso en las causales del artículo 50, ib. [Art.226-7°, ib.]; y, **(vi)** La declaración de si los exámenes, métodos, experimentos e investigación son diferentes a los utilizados o que correspondan a la profesión u oficio, de ser así justificarlo [Art.226-8° y 9°, ib.]. Entre tanto que, en el presentado por el médico cirujano Jacobo Evaristo (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte3, carpeta Cuaderno 3, pdf No.61), se omitieron los literales (iii) y (iv).

En consecuencia, en la tesis expuesta por esta Sala en providencias anteriores, debieron inadmitirse las peritaciones así rendidas, en atención a tres (3) razones centrales, como dice la doctrina nacional, en boca del doctor

⁸⁹ SANABRIA V., Ronald de J. y YÁÑEZ M., Diego A. Juicio de admisibilidad probatoria en el CGP, En: Constitución y probática judicial, Carlos A. Colmenares U. (Coordinador), Bogotá DC, Universidad Libre y Grupo editorial Ibáñez, 2018, p.239.

⁹⁰ CASTELLANOS A., Anamaria. Admisión, rechazo y decreto de pruebas, En: Derecho probatorio: desafíos y perspectivas, Toscano L. Fredy y otros (Editores), Bogotá DC, Universidad Externado de Colombia, 2021, p.26 ss.

Sanabria V.⁹¹: “i) La importancia de la justificación que subyace a la carga procesal de verificación y demostración de la calidad del perito privado; ii) La falta de configuración de un presupuesto de admisión legal; y, iii) el mandato inequívoco del legislador (“El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo, las siguientes declaraciones e informaciones”, art.226, inciso 6º, CGP).”.

En la audiencia de instrucción, el perito Jacobo Evaristo fue preguntado por la información anterior, admitió que faltaban y explicó el por qué, mas no anexó ningún documento (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno01Parte3, carpeta Cuaderno 3, pdf Nos.73 y 72 link 1 a 5), lo hizo el abogado del extremo activo con posterioridad (Ibidem, pdf No.74); pero igual era inoportuno hacerlo a esas alturas del proceso, pues han debido incorporarse al momento de allegar el escrito respectivo⁹²; tal preterición, quebranta el debido proceso probatorio en lo que atañe al derecho de defensa y contradicción.

Comenta el profesor Bermúdez M.⁹³: “En el punto de la contradicción del perito en la audiencia, debe tenerse en cuenta que el derecho a ejercerla lo realiza la contraparte a partir del dictamen escrito que el mismo ha presentado y esa debe ser la base sobre la que se desarrolla su intervención.”. Alcance intelectual razonable habida cuenta de que con esa información es que la contraparte habrá de preparar la confrontación (La contradicción), como aquí aconteció.

En esta postura, carecieron las contrapartes, en el *sub lite*, de las herramientas suficientes para ejercer su crítica a las peritaciones acercadas, en el plazo de los diez (10) días [Art.231, CGP], enfocada, en esencia, en cuestionar su (i) idoneidad e (ii) imparcialidad, mediante la interrogación en la respectiva audiencia, en pensamiento de la doctrina nacional, que luce plausible para esta instancia⁹⁴.

⁹¹ UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA. Oralidad y escritura: El proceso por audiencias en Colombia. Ronald Jesús Sanabria Villamizar, Relaciones entre pruebas y oralidad: Experiencias penales útiles para procesos civiles, Bogotá DC, Grupo editorial Ibáñez, 2016, p.157.

⁹² CANOSA S., Ulises. La prueba en procesos orales civiles y de familia en el CGP, Módulo de aprendizaje auto-dirigido, EJRLB y CSJ, Bogotá DC, 2017, p.133.

⁹³ BERMÚDEZ M., Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte, 2ª edición, Bogotá DC, Legis SA, 2016, p.211.

⁹⁴ ÁLVAREZ G., Marco A. Ensayos sobre el Código General del Proceso, medios probatorios, volumen III, Bogotá DC, editorial Temis SA, 2017, p.312.

En suma, mal pueden tasarse los dictámenes de Jacobo Evaristo Pérez Pérez y Armando Rafael Ramos Guette. Del mismo criterio es el profesor Álvarez Gómez⁹⁵, mientras que el profesor Bejarano Guzmán⁹⁶, discrepa. Para refutar la postura de la CSJ podría indicarse que es criterio auxiliar (No vinculante), por provenir de una autoridad diferente a la de cierre de la especialidad (Corte Constitucional), pero como al inicio se señalara, sea cual fuera la etapa para la corroboración de las mencionadas exigencias, en este caso desembocan en la misma conclusión: la imposibilidad de apreciar las experticias comentadas.

En esas condiciones, el escrutinio habrá de centrarse en la peritación del doctor Diego Fernando Cano Y., médico especialista en cirugía general (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte3, carpeta Cuaderno 3, pdf No.67, folios 5-59), que cumple los aludidos requisitos.

Ahora dijo el recurrente que, (Reparo No.5) el fallo no desvirtuó el nexo causal entre las actitudes de las demandadas y el daño ocasionado y que se omitió la causa eficiente y la relación riesgo beneficio para definir la conducta a seguir; sin embargo, como ya se explicitara, en el régimen probatorio aplicable, ese elemento (Causalidad) no admite presunciones, debe acreditarse por la parte actora.

A efectos de la condigna tasación, necesario recordar que en la demanda y su reforma se afirmó que la atención fue inoportuna y violatoria de la *lex artis*, debió tratarse a tiempo la apendicitis y así evitar el daño renal posterior que se causó.

El fallo, aseguró que un análisis conjunto de las pruebas (Pericias y testimonios), permitía inferir que los síntomas de la paciente no eran inequívocos de un abdomen quirúrgico o con presencia de apendicitis, su edad, género y sus antecedentes médicos, exigían la verificación de otros diagnósticos, con los medios utilizados; de lo que se concluye que no se presentó demora y

⁹⁵ ÁLVAREZ G., Marco A., Ob. cit. p.285.

⁹⁶ BEJARANO G., Ramiro. Una mirada a la prueba pericial en el CGP, memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal, 2018, ICDP, p.333.

tampoco infracción de los protocolos.

En específico sobre esos aspectos dijo el doctor Cano Yepes: **(i)** El cuadro clínico y paraclínico de la paciente, durante su estadía en Pinares Médica, mostraba dolor abdominal, síntoma que indiscutiblemente en la segunda y tercera década de la vida es indicativo de apendicitis, pero en un adulto mayor de 65 años, puede evidenciar otras patologías, de allí que era necesario descartar con otras pruebas; **(ii)** Aplicado el score de Alvarado daba una puntuación de 4 a 6, solo ante un número mayor a 7 era indicativo de aquel diagnóstico (Carpeta 01Primera..., carpeta Cuaderno1Parte3, carpeta Cuaderno 3, pdf No.67, folios 8-9).

Enseguida agregó: **(iii)** Las manifestaciones clínicas no fueron típicas esperadas de una paciente con sospecha de apendicitis aguda; **(iv)** Debía practicarse un TAC abdominal para establecer la patología; **(v)** No hubo retrasos en la atención y las diferentes valoraciones (Ibidem, folios 10-11).

En este trabajo, también, se describe la atención en la clínica Comfamiliar Risaralda: (i) Los signos mostrados a su ingreso no eran indicativos de irritación peritoneal, tampoco, de inflamación; (ii) Se ordenó TAC con contraste que permitiera un eficaz diagnóstico; (iii) La paciente era alérgica al ASA, que trae riesgo de nefrotoxicidad, por eso se hizo una nueva ecografía; (iv) La peritonitis es una de las complicaciones más graves y frecuente de la cirugía abdominal (Ibidem, folios 11-14).

Y agregó (Ibidem, folio 14): “(...) Durante la estancia hospitalaria en (...), no hubo manifestaciones clínicas que sugirieran alteración y/o daño renal, no presento cambios en su diuresis, y los niveles de creatinina permanecieron en rangos de normalidad (...)” (Sublíneas extratextuales). También concluye que: “(...) **No es posible considerar que la nefropatía desarrollada días después de su egreso médico, sea una condición directa de la sepsis abdominal, de la lesión tumoral renal descrita, o del uso de medios contrastados**, ya que como lo soporta la historia, nunca hubo alteraciones de su perfil renal ni manifestaciones clínicas que indicaran daño renal (...)” (Negritillas de esta Sala).

Este dictamen fue elaborado por profesional en la materia médica específica del caso, especialista en cirugía general y docente; es un trabajo que se aprecia claro en sus premisas y conclusiones, es detallado porque se esmera en fundamentar cada una de las inferencias, está debidamente soportado con acertadas citas especializadas, por ende, se estima eficaz para la acreditación de los hechos tema de prueba; amén de pertinente y útil, se aviene a los postulados del artículo 232, CGP, en suma, está dotado de precisión y calidad.

Las afirmaciones de ese experto se refuerzan con las versiones de los testigos técnicos, todos médicos especialistas en cirugía general, como enseguida se detallarán. No sobra precisar que se califican así las declaraciones rendidas por un profesional o técnico que haya percibido directamente los hechos que son materia de discusión en el proceso. Según la ilustración académica que puede consultarse en las obras de los profesores Devis E.⁹⁷, Serrano E.⁹⁸, Bermúdez M.⁹⁹ o Rojas G.¹⁰⁰, referida en extenso en decisiones precedentes de esta misma Sala¹⁰¹ y en la jurisprudencia de la CSJ (2020)¹⁰².

Esas versiones fueron: **(1)** Carlos Alberto Becerra Arias. Atendió a la actora en Pinares Médica. Entre otros aspectos, señaló: (i) Al ingreso llevaba 30 horas de dolor abdominal que atribuía a la ingestión de leche; (ii) La valoración no evidenció irritación peritoneal, abdomen quirúrgico ni fiebre, tampoco, dolor en la fosa iliaca; (iii) Aplicado el score de Alvarado daba una puntuación de 4 a 5, por ser inferior a 7 no era indicativo de apendicitis; (iv) Dadas las comorbilidades era poco probable diagnosticar esa patología, también, por su género y edad.

⁹⁷ DEVIS E., Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo segundo, 5ª edición, Bogotá DC, Temis, 2006, p.65.

⁹⁸ SERRANO E., Luis G. Tratado de responsabilidad médica, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2020, p.703 ss.

⁹⁹ BERMÚDEZ M., Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte, 2ª edición, Bogotá DC, Legis SA, 2016, p.110.

¹⁰⁰ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo III, pruebas civiles, ESAJU, Bogotá DC, 2015, p.364.

¹⁰¹ Entre otras las sentencias de: **(i)** 01-11-2016, No.2012-00290-01; **(ii)** 07-04-2017, No.2012-00275-01; **(iii)** 14-06-2017, No.2012-00262-01; y, **(iv)** 23-08-2018, No.2012-00291-01.

¹⁰² CSJ. SC-5186-2020 y SC-9193-2017.

(2) Álvaro Augusto Lema Velásquez. Valoró a la paciente a su ingreso a la clínica Comfamiliar e indicó, entre otras situaciones: (i) A falta de irritación peritoneal ameritaba un examen imagenológico adicional; (ii) Según los síntomas que presentaba y acorde con la edad de la paciente, había varias opciones de diagnóstico; y, (iii) Los exámenes de creatinina al egreso mostraban niveles normales.

(3) Andrés Tirado Chujfi. Asistió a la señora Myriam en la clínica Comfamiliar y precisó, entre otros: (i) La apendicitis es muy difícil de diagnosticar, de acuerdo con su edad era poco probable, lo es más para menores de 30 años; (ii) La escala de Alvarado, puntuada para el caso en 6, no era conclusiva de esa enfermedad, tenían que hacerse otros análisis; y, (iii) Los exámenes de creatinina al egreso mostraban niveles normales.

Así las cosas, para esta Sala, según lo expuesto, no existe causalidad material, pues falla el encadenamiento causal, al presentarse en el caso particular las siguientes condiciones, de forma concurrente y necesaria: **(i)** Consulta por dolor abdominal con cuadro de 30 horas de manifestaciones clínicas, que no eran las típicas esperadas para la sospecha de apendicitis; **(ii)** Evaluación por cirugía general sin diagnóstico conclusivo por la sintomatología y condiciones de edad, género y comorbilidades; **(iii)** Remitida para valoración y establecer patología; **(iv)** Exámenes adicionales que consideraron la alergia al ASA de la paciente; **(v)** Diagnóstico de apendicitis; **(vi)** Cirugía; **(vii)** Presencia de peritonitis; **(viii)** Egreso con niveles de creatinina normales.

En aplicación del test *conditio sine qua non* (CSQN)¹⁰³, en forma alguna es posible determinar con algún grado de certeza que el daño que se dice ocasionado (Insuficiencia renal), tuvo por fuente la correlación de los acontecimientos descritos. Ningún medio probatorio permite deducir que a partir del diagnóstico de la apendicitis, que produjo la peritonitis,

¹⁰³ PRÉVOT, Juan M. Ob. cit. p.51.

indefectiblemente, se provocó la falla renal; incluso, durante el proceso de valoración se evitó el uso del ASA, por la condición alérgica de la paciente, para no afectar sus riñones.

En esas condiciones, sin demostrarse la causalidad fáctica, es suficiente para la desestimación de las pretensiones, sin siquiera revisar la causalidad jurídica, menos la culpabilidad.

No sobra agregar que, frente al reparo No.2 el impugnante, aunque, inicialmente, recriminó la apreciación de los dictámenes y testimonios en conjunto, al sustentar se detuvo en la tasación que estima debió dársele al presentado por la parte actora, rendido por el médico Jacobo Evaristo; sin embargo, con lo explicado para desechar su apreciación es inviable revisar tales motivaciones. En ese mismo cuestionamiento, también se reprochó la validez dada a las historias clínicas, cuando se asegura algunas de ellas incumplen lo estatuido en la Ley 23 de 1985; empero, este aspecto tampoco puede resolverse, pues se desconoce cuál documento fue el que quebrantó esa normativa y en qué aspectos, el recurrente solo postuló el reclamo, pero no lo concretó.

Por su parte, el reparo No.3, adujo que la sentencia se fundamentó en pruebas ilegales y en procedimientos incorrectos porque hay parcialidad en las respuestas del perito, el testimonio del doctor Tirado se vio como contradicción al dictamen de la parte actora, el testigo Carlos A. Becerra reconoció fallas (Sic) en el servicio y Alejandro López M. solo habló de la excelencia en la atención.

Tales señalamientos, también, fracasan pues ninguno de ellos encuadra en lo yerro que ha de tener una prueba para ser considerada *ilegal o irregular*, puesto que en su obtención y práctica se cumplieron las formalidades respectivas y, es notorio **que el contenido de las respuestas o conclusiones**, en forma alguna implica el cercenamiento o errado allanamiento de las fases para su recaudo. Se confunde la eficacia o mérito

demostrativo con las condiciones de existencia y validez, cuestiones diversas que se analizan en distintas etapas del procedimiento probatorio.

De otro lado, en cuanto a las circunstancias que hacen indigna (Sic) la apreciación de algunas pruebas (Reparo No.4), la única que podría ir en detrimento de esa tasación es lo referente a la tacha y aunque la jueza no dijo expresamente que la resolvía, es claro que señaló que ninguna situación permitía concluir que los testigos mintieron, fueron versiones claras y dan cuenta de la oportunidad en la atención de la paciente.

6. LAS DECISIONES FINALES

En armonía con lo discernido se: **(i)** Confirmará en su integridad la sentencia atacada; **(ii)** Adicionará para declarar la falta de legitimación por pasiva de la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social y la Caja de Compensación Familiar del Chocó – Comfachocó-; y **(iii)** Condenará en costas, en esta instancia, a la parte demandante, por fracasar en su alzada [Artículo 365-3º, CGP].

La liquidación de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP, las agencias en esta instancia se fijarán en auto posterior CSJ¹⁰⁴ (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.

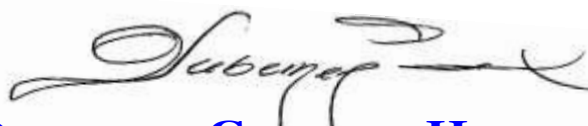
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA,

¹⁰⁴ CSJ. STC-8528 y STC-6952-2017.

1. CONFIRMAR en su integridad el fallo emitido el **16-07-2021** por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, R.
2. ADICIONAR esa decisión para DECLARAR la falta de legitimación por pasiva de la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social y la Caja de Compensación Familiar del Chocó – Comfachocó-.
3. CONDENAR en costas en esta instancia, a la parte demandante, y a favor de la parte demandada. Se liquidarán en primera instancia y la fijación de agencias de esta sede, se hará en auto posterior.
4. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,


DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO


EDDER JIMMY SÁNCHEZ C.
MAGISTRADO


JAIME ALBERTO SARAZA N.
MAGISTRADO

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
 SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

31-08-2022

CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO
 SECRETARIO

DGH/DGD/2022