TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo
Pereira, Diciembre dieciocho de dos mil veinte
Expediente: 66001310300420120024104
Proceso: Ordinario-responsabilidad medica
Demandantes: Fabiola Serna Gómez y otros
Demandados: SALUDCOOP EPS en Liquidación
Acta No. 485 del 18 de diciembre del 2020

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes , contra la sentencia del 10 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, en este proceso ordinario de responsabilidad civil médica que **Fabiola, María Teresa, María Helena, Marina Stella y Martha Lucía Serna Gómez, Santiago García Serna, Elida Aracelly Barrios, David Anthony y Daniela García Barrios,** iniciaron contra **Saludccop EPS en Liquidación.**

1. ANTECEDENTES

1.1. **Hechos** (p. 4, c. 1, primera parte).

Relatan los demandantes que Fabiola Serna Gómez, afiliada a la EPS SALUDCOOP, atendida en Pereira con cargo esa entidad, principalmente en Las Garzas Corporación IPS Saludcoop, en sus contingencias de salud y en los programas de promoción y prevención de diabetes y dislipidemia, por los años 2004 al 2006 se realizó mamografías de prevención de cáncer de seno. El 22 de noviembre de 2006 acudió a consulta externa a la EPS Saludcoop por una *"secreción amarillenta por el seno derecho por más de 6 meses de evolución..."*, corroborada en el examen físico del médico tratante, quien ordenó preventivamente una

mamografía para estudio de tumor de la mama, que fue practicada y registrada con informe radiológico de diciembre de 2006 como *"parénquima mixto, dentro de límites normales y categoría birads 1"*.

En una nueva consulta del 25 de enero de 2007, fue atendida por el Dr. Francisco Wilyer Rodríguez Torres y se consignó en la historia clínica el informe radiológico. El médico, por tratarse de un resultado que el radiólogo consideró normal, no asumió ninguna conducta, omitió la realización de estudios complementarios requeridos por la presencia de la secreción, como el correspondiente estudio citológico de una secreción patológica, protocolo médico que debió seguirse para determinar la causa y descartar patologías asociadas.

Tales errores, implicaron que FABIOLA SERNA GOMEZ continuara su vida normal, sin ninguna prevención, y viajó a Estados Unidos, donde por insistencia de su familia, decide consultar por su secreción. Así que en abril de 2007 fue valorada en el Main Medical Imagine Center, se le practicó mamografía y el hallazgo fue de una *"masa densa en tallo axilar mamario derecho"*, se recomendó ultrasonido, practicado el 28 de abril siguiente, con resultado de *"Masa Anecoida con una margen irregular midiendo 2.1. x 2.2. en la posición de las ocho del seno derecho, 4 cm desde el pezón, sospechoso de neoplasma"*. El 22 de mayo de ese año, se ejecutó mastectomía parcial para remover el tumor y realizar biopsia, con *"incisión hecha arriba de la masa, lo cual fue en posición de las ocho, en el cuadrante externo bajo derecho y todo el cuadrante fue extirpado porque la masa fue demasiado grande"*.

Se practicó biopsia en el ST. Josephs Regional Medical Center el 22 de mayo de 2007, que arrojó como resultado "*masa del seno derecho, carcinoma ductal in situs, micropapilaria y tipo cubiforme, con bajo grado de nuclei… márgenes marcadas de corte seccional son positivas para tumores… Focalmente sospechosa para invasión, manchas especiales están pendientes de confirmación…*", confirmado por el médico tratante ELRABIE, NAZMI, el 30 de mayo de 2007. Y como única alternativa para preservar la vida, en la misma institución

hospitalaria, el doctor NAZMI le practicó mastectomía radical modificada en seno derecho, el 13 de junio de 2007.

Así que debido al error en el diagnóstico y tratamiento que padecía la demandante antes de la consulta en Saludcoop en noviembre de 2006, no solo se expuso a un grave riesgo la vida de la paciente, sino que se le obligó a un tratamiento radical y agresivo que conllevó la extirpación total del seno y manejo complementario con 12 sesiones de quimioterapia (del 17 de julio hasta el 18 de diciembre de 2007) y de radioterapia que continúa hasta la fecha, y el consumo obligado del fármaco arimidex, además de exámenes y controles regulares cada 3 meses, pero en realidad se hacen cada seis, por la dificultad de la demandante de viajar a Estados Unidos, lo que la obliga a acudir a la EPS Saludcoop.

El 3 de enero de 2008 le fue practicado el último examen de control en el hospital White Plains New York, con resultados satisfactorios, así como otros exámenes y procedimientos relacionados; finalmente en marzo de 2008 el médico tratante la autoriza para viajar a Colombia, con la condición de volver a ser vista en 6 meses.

Hubo, entonces, una falla en la prestación del servicio por (i) error de diagnóstico, causado por la falta de estudio de la secreción mamaria; y (ii) error de diagnóstico por deficiencia en la calidad de la radiografía, fallas de nitidez, de imagen y en la toma del examen sin observación completa del seno, dada la localización de la masa, próxima al tallo axilar, por lo que no pudo ser detectada visualmente y generó una lectura errada; todo lo cual derivó en impericia, imprudencia y negligencia en la detección temprana y en lo desacertado del tratamiento, y en el daño causado a la paciente.

Refirieron que el núcleo familiar de Fabiola Serna Gómez está integrado por su hijo (Santiago), su nuera (Elida Aracelly) sus nietos (David Anthony y Daniela Melissa) y sus hermanas (Martha Lucía, María Helena, Marina Stella y María Teresa) con quienes comparte conjuntamente en Colombia y en Estados Unidos, con profundos

sentimientos de amor, fraternidad y solidaridad, quienes evidenciaron los cambios drásticos tanto físicos como emocionales de aquella, lo que generó perjuicios morales y en la vida de relación.

1.2. **Pretensiones.**

Con apoyo en ese relato, pidieron los demandantes que se declarara a Saludcoop, Entidad Promotora de Salud, Organismo Cooperativo, patrimonialmente responsable por los perjuicios morales y de daño a la vida de relación que les causó, que cuantificaron en 300 salarios mínimos legales por cada rubro, para cada uno de ellos, debidamente indexados y con intereses legales a partir de la ejecutoria del fallo; además, que se le condenara "*extra y ultra petita*" a pagar los valores por aquellos conceptos que aparecieran probados dentro del proceso y que no hubieren reclamado, o fueran pedidos en cuantía inferior a la que tuvieren derecho; también al pago de las costas (p. 20, cuaderno 1).

1.3. **Trámite.**

Inicialmente la demanda fue presentada ante la especialidad laboral y fue admitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira (p. 276, c. 1). En auto del 24 de julio de 2012, en atención a la entrada en vigencia del CGP, se remitió el expediente a los jueces civiles (p. 153, c. 1, parte II). El Juzgado Cuarto Civil del Circuito, asumió el conocimiento el 6 de agosto de ese año (p. 162, c. 1, parte II). Posteriormente, por la redistribución de procesos entre los juzgados al entrar en vigencia la Ley 1395 de 2010, se le asignó el conocimiento al Juzgado Quinto Civil del Circuito, que asumió la competencia (p. 4, c. 1, parte III). Allí se dictó sentencia, pero fue anulada por esta Sala con providencia del 19 de marzo de 2019, en aplicación de la tesis de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre la nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 121 del CGP. Finalmente, luego de un conflicto de competencia, se le atribuyó el conocimiento al Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, que con auto del 12 de junio de 2019, asumió el conocimiento (p. 122, c. 1, parte III), continuó el trámite y profirió la sentencia.

Notificada la entidad demandada, contestó los hechos y se opuso a las pretensiones (p. 293). Además, planteó como excepciones las que denominó INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE SALUDCOOP EPS POR CUMPLIMIENTO DE CONTRATO Y VIGILANCIA DE SERVICIO A SUS AFILIADOS, INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE SALUDCOOP EPS POR CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTEMPLADAS EN LA LEY, EXIGENCIA DE OBLIGACIONES DE MEDIO, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN, AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL POR CULPA EXCLUSIVA DE LA PACIENTE, EXCEPCIÓN GENÉRICA.

Se reformó la demanda (p. 2, c. 1, T. II), para incluir un hecho nuevo relativo a que la atención que se le prestó a Fabiola Serna debió darse dentro de los parámetros de la Resolución 412 de 2000, que establece las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida, se adoptan normas técnicas y guías de atención para el desarrollo de las acciones de protección específica y detección temprana y la atención de enfermedades de interés en salud pública y sobre el CA de mama, en la que se consignan unos factores de riesgo. Y agregaron que el desarrollo de principios básicos de la medicina determina que el examen físico mediante el cual el médico examina el cuerpo del paciente para detectar la presencia o ausencia de problemas físicos comprende la inspección, la palpación y la auscultación y debe apoyarse en pruebas básicas de laboratorio y estudios radiológicos para obtener el diagnóstico, por lo que, aunque la mamografía y los paraclínicos realizados a Fabiola tenían apariencia de normalidad, no excluían lo observado en la inspección, que fue la secreción del pezón) y no eximen la responsabilidad médica de persistir en la búsqueda de un diagnóstico que permita descartar cualquier posibilidad de malignidad.

Se admitió la reforma (p. 26, T. II) y surtido el traslado se citó a la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTySS (p. 28, T. II), en la que se fijó el litigio y se decretaron las pruebas pedidas (p. 33).

Remitido por competencia el expediente a los jueces civiles, se continuó con la obtención de pruebas y, recaudadas, se

citó a la audiencia de alegaciones y fallo (cuaderno 1, t. III, p. 123) que se produjo en audiencia (p. 128, CD folios 521).

1.4. **La sentencia de primer grado.**

El Juzgado, luego de valorar las pruebas aportadas y, particularmente, los dictámenes, accedió parcialmente a las pretensiones, en cuanto halló que, aunque la lectura de las imágenes mamográficas tomadas en diciembre de 2006 arrojó unas condiciones normales, la imagen no ha debido tenerse en cuenta, porque incumplía los estándares de calidad; y si la paciente siguió presentando el problema de secreción era pertinente que el médico se dispusiera un complemento de ese estudio, con ayudas diagnósticas adicionales para descartar la presencia de un tumor maligno, en lugar de lo cual siguió tratándola por su patología de base que era la diabetes.

Enseguida aludió al dictamen del perito radiólogo oncólogo y resaltó la probabilidad que señaló acerca de que para diciembre de 2006 ya estuviera presente la neoplasia, pero fue imposible identificarla por la deficiencia de la placa; además, el médico general que la trató en enero de 2007 ha debido darle información pertinente sobre las posibles causas de la secreción y remitirla al médico especialista en la materia.

Descartó, en consecuencia, alguna justificación en la deficiencia de la mamografía y el posterior manejo que se le dio a la patología de la paciente, pues no se le brindó de forma efectiva, precisa y adecuada el servicio de salud que requería y ello impidió una detección temprana del cáncer de mama. Es decir, que la responsabilidad deviene de la deficiencia e inexactitud en el diagnóstico, y la EPS tenía un compromiso de velar por la salud de la paciente, pero fue inoperante. Así que existe el nexo de causalidad entre la actividad negativa de la demandada, traducida en culpa por no desplegar la función para la cual fue contratada por la señora Serna Gómez y el daño que se desencadenó.

1.5. **Apelación y reparos.**

Ambas partes apelaron.

La demandada, planteó como reparos que el estudio de mamografía se hizo con todos los requerimientos de ley y al momento de la consulta se ordenó la mamografía, esta fue normal y no hubo secreción patológica, por lo que no se ordenaron estudios complementarios. El dictamen del radiólogo es equivocado porque el médico solo toma el resultado y lo ve normal, entonces, no tendría por qué concluir que el examen está mal hecho y rechazarlo; en este caso, el especialista no halló que hubiera un retardo en el diagnóstico o que se tuvieran qué hacer exámenes complementarios, por lo que no se puede culpar a la EPS. Además, el perito dice que probablemente para el 2006 se encontraba un cáncer, pero eso no estaba probado, y hasta cuando asistió a la entidad tuvo un control oportuno, se ordenó la mamografía y conforme a ello se prestaron las atenciones cada vez que ella lo indicaba. No hay, por tanto, nexo de causalidad.

Los demandantes, protestaron por la cuantía irrisoria del perjuicio derivado del daño moral y a la vida de relación que desconoció los parámetros que ha fijado el Consejo de Estado; además, debe condenarse en salarios mínimos y no en pesos, en favor de todas las personas que reclamaron y con la indexación y los intereses pedidos.

En la sustentación del recurso en esta instancia, la parte demandante insistió en que el Consejo de Estado ha desarrollado con criterio técnico unos baremos o parámetros para la liquidación de perjuicios que aquí fueron desconocidos, y también ha señalado que basta acreditar el parentesco para que se pueda inferir la causación del daño en los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil.

Por su parte, la asesora judicial de Saludcoop sustentó la alzada en dos aspectos: el primero, relacionado con la responsabilidad misma de la EPS Saludcoop, pues el juzgado pasó por alto que la entidad garantizó todos los niveles de atención a la paciente, quien fue atendida de manera oportuna e integral; a partir de allí, la EPS no

participó en la ejecución de los actos médicos de valoración, medicación y exámenes realizados, así que ninguna responsabilidad puede caberle, si bien el diagnóstico lo dio la IPS, que es una institución distinta desde la óptica legal, financiera, administrativa y estructural.

Y en cuanto a la relación de causalidad, dijo que la EPS no negó ningún servicio o procedimiento, al contrario, cumplió todas sus obligaciones. De otro lado, el cáncer de mama afecta a un buen porcentaje de la población y avanza de manera silenciosa, por lo que el diagnóstico se torna difícil; y en este caso, lo que ocurrió es que la paciente decidió viajar a otro país donde le realizaron otro tipo de procedimiento, lo cual no se traduce en que la EPS y la IPS hubiesen incurrido en un mal diagnóstico y procedimiento para su patología. Y aun si se asumiera que hubo un equivocado diagnóstico y demora en el tratamiento, esa circunstancia, por sí sola, impedía acceder a lo pedido, porque no todo error de diagnóstico es constitutivo de responsabilidad civil, sino aquel en que no habría incurrido un profesional prudente y diligente puesto en las mismas condiciones en que se encontró el personal médico que atendió a la señora Serna Gómez, yerro grave que nunca se probó, a pesar del desafortunado desenlace. E insiste en la inexistencia de nexo causal, porque la mastectomía practicada a la paciente ocurrió como un evento adverso a la práctica médica sin que esté demostrada la culpa o participación de la EPS, es decir, que no obedeció a los actos administrativos por ella desplegados, pues es imposible esperar que frente al manejo clínico y hospitalario brindado por el equipo de salud adscrito a la IPS, se exija a la entidad promotora un resultado positivo frente a la evolución del usuario.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Los presupuestos procesales se cumplen a cabalidad en este asunto y no se advierte nulidad que pueda dar al traste con lo actuado.

La legitimación en la causa fue, en general, adecuadamente analizada en primera instancia. Por activa la tienen Fabiola Serna Gómez, por vía contractual, afiliada como cotizante a Saludcoop EPS (p. 42. c. 1, parte I). Y por vía extracontractual, quienes afirman haber sufrido daños derivados de la deficiente atención de aquella, esto es, Santiago García Serna, su hijo (p. 52), David Anthony García y Daniela Melissa García, nietos (p. 69 y 73); y las hermanas de Fabiola, esto es, María Teresa (p. 79), María Helena (p. 83 y 85), María Estella (p. 91) y Martha Lucía Serna Gómez (p. 99).

En lo que atañe a Elida Aracelly Barrios, que aduce su condición de nuera, por ser cónyuge de Santiago, en cuya calidad se le irrogaron daños, se tiene que fue aportado, para probar su condición, el documento que reposa en la página 65 del cuaderno 1, tomo I, que viene en inglés y, a diferencia de los otros registros, no fue traducido al idioma castellano, con lo cual se incumplieron claros mandatos contenidos en los artículos 102 y 260 del CPC, vigente para cuando se promovió la demanda, por lo que no puede ser apreciado como prueba, según manda esta última norma.

En tal virtud, si de allí que pende su reclamación, es claro que no se ha acreditado el parentesco civil que aduce, lo cual era necesario para legitimarse, dado que, como tiene averiguado la jurisprudencia patria, en sede constitucional[1] y en la ordinaria[2],

> si lo concerniente a la demostración de la existencia de perjuicios, en particular morales, se basa esencialmente en inferencias -para lo cual, debe estar acreditado el hecho indicador que, usualmente, en tratándose de daños morales como consecuencia del fallecimiento, la invalidez o de daños corporales sufridos por allegados familiares, es el vínculo de parentesco del que se deduce el "trato familiar

[1] Sentencia T-934-09, citada también por la Sala de casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia STC13736-2019
[2] Sentencia SC5686-16

> efectivo"-, se demostrará aquel hecho en la forma establecida en el decreto 1260 de 1970 (…).

Así que la negativa de sus pretensiones se mantendrá, pero por esta específica razón.

Por pasiva, acude Saludcoop EPS, ahora en liquidación, entidad a la cual está afiliada, como cotizante, Fabiola Serna Gómez (p. 42, c. 1).

2.2. El problema que debe resolver la Sala es si confirma la sentencia de primer grado que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, por cuanto halló acreditados los elementos de la responsabilidad que se le endilga a la demandada; si se modifica en la cuantía de las condenas y su extensión a favor de aquellos a quienes se les negaron las pretensiones, como reclaman los demandantes; o si, como pide la entidad, la revoca para, en su lugar, absolverla.

2.3. Antes de abordar en concreto los reparos formulados, brevemente se recuerda que esta Corporación ha sostenido[3] que la responsabilidad civil médica comporta la concurrencia de varios elementos: la acción o la omisión por parte del galeno en el ejercicio de su profesión; el daño padecido por el paciente o, en general, por las víctimas, la culpa o el dolo y la relación causal entre una y otro; y si ella es contractual, por supuesto, es menester acreditar su fuente.

Y que, por regla general, al médico se le atribuye un compromiso frente a la comunidad y a sus pacientes, en tanto se le confían derechos personalísimos como la salud y la vida, por lo que su quehacer debe cumplirlo con esmero y cuidado, ya que "*La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distingos de nacionalidad, no de orden económico-social, racial, político y*

[3] Sentencias de 01-09-2015, radicado 2012-00278-01, 19-04-2016, radicado 2012-00298-02, 20-09-2017, radicado 2012-00320-01, 17-05-18, radicado 2012-00294-02 y 18-09-18, radicado 2015-00689-01, entre otras.

religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes". (art. 1°, Ley 23 de 1981). En virtud de ello, un débito esencial del galeno es poner al servicio del paciente todos sus conocimientos con el fin de preservar esos elementales derechos.

Como lo que se adquiere es un compromiso de actuar dentro de los postulados legales y de la ciencia propia, de antaño se admite que la actividad médica involucra obligaciones de medio y no de resultado, a pesar de que, excepcionalmente, el galeno se pueda comprometer con este. Más claro es esto desde la vigencia de la Ley 1438 de 2011 que expresamente así lo consagra, en su artículo 104. Por tanto, lo normal es que quien demanda el resarcimiento de unos perjuicios derivados de una actividad de este tipo, deba probar su culpa.

Así lo tiene señalado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria[4].

En este punto es preciso recordar, como de tiempo atrás se hizo por esta misma Sala[5] que han ensayado tesis como las de la carga dinámica de la prueba, o de la distribución de la prueba, cuestión analizada en varias ocasiones por la Corte Suprema; en alguna de sus últimas decisiones se refirió más precisamente, a una regla de aportación o suministro de pruebas, a la luz del artículo 167 del CGP, y ha dejado claro que "*Aunque en algunas oportunidades esta Sala ha aludido tangencialmente a una supuesta "distribución judicial de la carga de la prueba", lo cierto es que tal conjetura jamás ha sido aplicada para la solución de un caso concreto; y, finalmente, las sentencias en las que se la ha mencionado se han resuelto –como todas las demás–, dependiendo de si en el proceso quedaron o no demostrados todos los supuestos de hecho que exigen las normas sustanciales en que se sustentaron los respectivos*

[4] Sentencia de 17 de noviembre de 2011, Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01, M.P. William Namén Vargas, reiterada en la sentencia SC003-2018, del 12 de enero de 2018, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, y en la sentencia SC3367-2020, del 21 de septiembre de 2020, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.
[5] Sentencia del 18 de septiembre de 2018, radicado 2015-00689-01

litigios… La distinción funcional de los institutos de 'la carga de la prueba' y del 'deber-obligación de aportar pruebas' permite comprender la razón de ser de cada uno de ellos en el proceso, evitando confusiones innecesarias; y, sobre todo, cumpliendo el objetivo deseado de imponer deberes probatorios a la parte que está en mejores posibilidades materiales de hacerlo, sin afectar en lo más mínimo el principio de legalidad al que sirve la regla inamovible de la carga de la prueba". (Sentencia SC9193-2017, de junio 28 de 2017, M.P. Ariel Salazar Ramírez)[6].

Flexibilización que, para el caso, se torna irrelevante, porque no ocurrió en el momento de decretar las pruebas, ni en otro estadio del proceso, como manda la norma en cita, sino que cada parte arrimó las pruebas sobre las que quiso edificar la teoría del caso que propuso, bien para el reconocimiento de las pretensiones, por activa, ya para su denegación, por pasiva, y es sobre ellas que la Sala construirá la argumentación para definir la alzada, pues, como lo recordó también la alta Corporación en la última providencia anunciada, *"Para la aplicación de la regla de cierre de la carga de la prueba no importa que el interesado haya sido diligente en el suministro de las pruebas o que haya estado inactivo; o que el juez haya impuesto a una u otra parte el deber de aportar pruebas, dado que la única posibilidad que la ley ofrece al sentenciador al momento de proferir su decisión, se enmarca en una lógica bivalente según la cual una vez probados los supuestos de hecho tiene que declarar la consecuencia jurídica, y ante la ausencia de tal prueba tiene que negar dichos efectos de manera necesaria, sin que pueda darse una tercera opción o término medio entre los argumentos de esa alternativa: tertium non datur."*

2.4. Por la incidencia que tiene para resolver el caso presente, también es relevante recordar lo dicho por esta misma Sala de tiempo atrás[7], acerca de que,

---

[6] Cuestión a la que alude también la reciente sentencia SC3367 citada.

[7] Tribunal Superior de Pereira, Sala Civil-Familia, sentencia del 1º de septiembre de 2015, radicado 66001 -31-03-005-2012-00278-01

> "dentro de las obligaciones del galeno está la que señala el artículo 10 de la Ley 23 de 1981, esto es, que *"El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente".* El diagnóstico, entonces, constituye una fase en la cual el médico debe auscultar a su paciente para determinar el cuadro clínico que presenta para, con base en él, tomar las medidas que sirvan a la salud del mismo: tratamientos, medicamentos, intervenciones quirúrgicas, hospitalización, atención ambulatoria, o cualquiera otra que deba adoptar. Ese momento médico, dice la doctrina, puede descomponerse en tres fases: la anamnesis, los exámenes especializados y el diagnóstico[8]. En esa primera ocasión, es decir, la del contacto del médico con el paciente, es determinante que este le narre a aquel, los hechos que rodean su consulta, y si se trata de un incapaz, que lo hagan sus representantes o quien lo acompaña al servicio médico. Esto, porque el galeno debe formarse una primera impresión y con fundamento en ella, en tanto se cumplen las otras dos, que le permitan concretar su criterio inicial, adoptar las medidas que sean conducentes. Obviamente ella debe ir acompañada de la orden de los exámenes que se requieran, para que, una vez conocidos los resultados, se determine cuál es el tratamiento adecuado.
>
> Por esa descomposición, sobre todo en casos complejos, en los que ciertas enfermedades pueden presentar síntomas similares, no puede de buenas a primeras afirmarse que el error en el diagnóstico inicial, que luego se corrige con la práctica de los exámenes dispuestos por el profesional, sea indicativo de una culpa o negligencia de su parte; para que así ocurra debe tratarse de un caso elemental, en el que se pueda establecer de primer golpe qué es lo que afecta al paciente y cuál es el camino a seguir.

En múltiples ocasiones, la Corte Constitucional, se ha referido al derecho al diagnóstico, como fundamental. Así, por ejemplo, en la sentencia T-508-19, que sirve como criterio auxiliar, dijo, entre otras cosas, que el mismo se define:

> "como la facultad que tiene todo paciente *"(…) de exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia, para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine las prescripciones más adecuadas, encaminadas a lograr la recuperación de la salud, o, al menos, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado"*[9].

---

[8] JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica La Relación Médico-Paciente. Pontificia Universidad Javeriana. Ibáñez. Bogotá. 2011. p. 75-79

[9] Sentencia T-1041 de 2006. Ese concepto ha sido reiterado en las sentencias T-076 de 2008; T-274 de 2009; T-359 y T-452 de 2010; T-639 y T-841 de 2011; T-497, T-887, T-952 y T-964 de 2012; T-033, T-298, T-680, T-683 y T-927 de 2013; T-154, T-361, T-543, T-650, T-678, T-728 y T-859 de 2014; T-027 y T-644 de 2015; T-248 de 2016; T-036 y T-445 de 2017; y T-061, T-259 y T-365 de 2019.

Luego, explicó que:

…esa garantía comporta tres facetas, a saber:

"(i) la prescripción y práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles"[10].

Y remató señalando que:

Bajo esa perspectiva, se puede concluir que el derecho al diagnóstico se compone de tres dimensiones: la identificación, la valoración y la prescripción[11]. A su vez, esta garantía tiene como finalidad la consecución material, y no solamente formal, de una efectiva evaluación acerca del estado de salud de un individuo. Es decir, el derecho al diagnóstico no se satisface solamente con la realización de exámenes y la consecuente prescripción de tratamientos, sino que implica que *(i)* se establezca con precisión la naturaleza de la enfermedad padecida por la persona, *(ii)* se determine con el *"(…) máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al 'más alto nivel posible de salud'"*[12], y *(iii)* se suministre la medicación o las terapias de forma oportuna[13].

Entre tanto, en sede ordinaria, la Sala de Casación Civil ha reconocido, también en varios pronunciamientos la importancia que reviste el diagnóstico. Para citar solo uno, en la sentencia SC7817-2016, expuso que:

Tratándose del diagnóstico —piedra angular de la actuación del médico frente al paciente—, y de la labor que cumplen los profesionales de la salud cuando en su ejercicio les corresponde emitir una opinión, rendir un concepto o analizar unos resultados de laboratorio por

---

[10] Sentencias T-452 de 2010, T-717 de 2009 y T-083 de 2008.
[11] Sentencias T-558 de 2017 y T-100 de 2016.
[12] Sentencia T-274 de 2009.
[13] *Ibídem.*

ejemplo, conviene recordar, según lo hace PENNEAU[14], las distintas etapas que debe recorrer galeno, así: La primera, comienza con la revisión que se hace, lo cual exige tomar los conocimientos primarios de la afección padecida de acuerdo con las señales manifestadas, siendo necesario indagar por los antecedentes patológicos en forma previa a la sintomatología. En segundo orden, se inspeccionan los estudios recomendados (radiografías, análisis de laboratorio, ecografías, tomografías resonancias magnéticas entre otras), que le dispensan al médico la obtención de resultados científicos. La tercera fase, conclusiva por supuesto de las anteriores, se materializa con la emisión de la diagnosis.

Esta última puede definirse, como la concreción en torno a la patología del paciente y/o reconocimiento de la enfermedad que lo afecta.

Ha manifestado la Sala sobre el particular que aquella, está constituida:

«(…) por el conjunto de actos enderezados a determinar la naturaleza y trascendencia de la enfermedad padecida por el paciente, con el fin de diseñar el plan de tratamiento correspondiente, de cuya ejecución dependerá la recuperación de la salud, según las particulares condiciones. Esta fase de la intervención del profesional suele comprender la exploración y la auscultación del enfermo y, en general la labor de elaborar cuidadosamente la "anamnesia", vale decir, la recopilación de datos clínicos del paciente que sean relevantes.

Trátase, ciertamente, de una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio. Así por ejemplo, la variedad de procesos patológicos y de síntomas (análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnosticas que se presentan como posibles, circunstancias que, sin duda, complican la labor del médico, motivo por el cual para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la lexartis ad hoc recomienda para acertar en él» (CSJ SC 26 de noviembre de 2010, rad. 1999 08667-01).

2.5. Se recuerda igualmente, que en la actualidad, producto de la redacción del artículo 328 del CGP, el sendero que traza la competencia del superior está dado por aquellos aspectos que fueron

[14] PENNEAU, Jean, Citado por VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2002, Páginas 106-108

objeto de impugnación, sin perjuicio de algunas situaciones que permiten decidir de oficio (legitimación en la causa, prestaciones mutuas, asuntos relacionados con la familia, las costas procesales, por ejemplo). Es lo que se ha dado en denominar la pretensión impugnaticia, como ha sido reconocido por esta Sala de tiempo atrás[15] y lo han reiterado otras[16], con soporte en decisiones de la Corte, unas de tutela[17], que se acogen como criterio auxiliar, y otras de casación[18].

Esta precisión viene al caso, porque la parte demandada apeló la sentencia y al formular los reparos solo se refirió al estudio de la mamografía tomada a la paciente en el año 2006 y nada dijo de la ausencia de responsabilidad, porque la EPS cumplió con sus funciones administrativas y no le incumbía ninguna de orden asistencial. En tanto que, al sustentar la alzada, lo incluyó como un primer aspecto a resolver por esta Colegiatura.

Allí pasó por alto que los reparos concretos que se formulan ante el juez de primer grado marcan el camino de la apelación, en la medida en que, como reza el inciso segundo del numeral 3 del artículo 322 del CGP, sobre ellos debe versar la sustentación ante el superior, de ahí que el inciso final del artículo 327 reitere que el apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos (reparos concretos) expuestos ante el juez de primera instancia.

En consecuencia, quedaría relevada la Sala de pronunciarse sobre este aspecto que fue definido en primera instancia.

Sin embargo, como pudiera argumentarse que el mismo guarda relación con la legitimación en la causa por pasiva, baste decir que esta misma Sala, en diversas decisiones, una de las cuales corresponde a la sentencia del 18 de febrero de 2020, proferida en el expediente 66001-31-03-002-2017-00272-01, ha concluido que, a partir

---

[15] Sentencia del 19 de junio de 2018, radicado 2011-00193-01,
[16] Sentencia del 19 de junio de 2020, radicado 2019-00046-01, M.P. Duberney Grisales Herrera.
[17] STC9587-2017, STC15273-2019, STC11328-2019 y STC100-2019
[18] SC2351-2019.

del análisis de las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993, la EPS no solo tiene un deber de tipo financiero y administrativo, sino que, a la luz de estas funciones le incumbe velar por la adecuada prestación del servicio a sus afiliados por parte de las IPS y los prestadores externos, lo que la hace responsable de los daños que se puedan ocasionar a un paciente por parte de estos últimos. Para ello se ha valido de la nutrida jurisprudencia en ese sentido, que recientemente fue recopilada en la sentencia SC2769-2020, en la que la Sala de casación Civil de la Corte hizo un importante recorrido por toda ella para reiterar cuál es la posición que asume cada una de las entidades que conforman el sistema de seguridad social en salud, al final de lo cual señaló**:**

> **"**Como se puede concluir del anterior recuento jurisprudencial, existe un criterio consolidado en lo que implica para las Entidades Promotoras de Salud cumplir a cabalidad con la administración del riesgo en salud de sus afiliados y los beneficiarios de éstos, así como garantizar una idónea prestación de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud, toda vez que su desatención, dilación o descuido, ya sea que provenga de sus propios operadores o de las IPS y profesionales contratados con tal fin, es constitutiva de responsabilidad civil."

De otra parte, cuando la recurrente abordó el segundo tema, destaca igualmente la incongruencia, al menos parcial, entre lo que fue objeto de reparo y la sustentación del mismo, puesto que en aquel señaló que la mamografía tomada a la paciente cumplió todos los requerimientos legales, pero como su resultado fue normal, no se ordenaron estudios complementarios, así que el dictamen del radiólogo fue equivocado, porque el médico general, ante ese examen no tenía por qué concluir que fue mal realizado y rechazarlos. Además el perito habló de una probabilidad de que para el 2006 ya se encontrara un cáncer, pero ello no fue probado, así que se rompió el nexo de causalidad.

Pero al sustentar, su argumento fue diferente, en cuanto adujo que la EPS no negó ningún servicio o procedimiento, al contrario, cumplió todas sus obligaciones. Y agregó que con la historia clínica se demostró la pertinencia, oportunidad, continuidad y calidad del servicio médico solicitado. Además, con el cáncer de mama que avanza de manera silenciosa, el diagnóstico se torna difícil y lo que aquí ocurrió es

que la paciente decidió viajar a otro país donde le realizaron otro tipo de procedimiento, lo que no se traduce en un mal diagnóstico. Enseguida dijo que el error de diagnóstico que puede dar lugar a una responsabilidad es aquel en que no habría incurrido un profesional prudente y diligente puesto en las mismas condiciones en que se encontró el personal médico que atendió a la señora Serna Gómez, yerro grave que nunca se probó, a pesar del desafortunado desenlace. Y Terminó reiterando que el nexo causal es inexistente, dado que la mastectomía practicada a la paciente ocurrió como un evento adverso a la práctica médica sin que esté demostrada la culpa o participación de la EPS, es decir, que no obedeció a los actos administrativos por ella desplegados, pues es imposible esperar que frente al manejo clínico y hospitalario brindado por el equipo de salud adscrito a la IPS, se exija a la entidad promotora un resultado positivo frente a la evolución del usuario.

Como es fácil percibir, insiste en este segundo punto en la ausencia de responsabilidad por cuanto la EPS no fue la que dispensó los servicios médicos, aspecto que ya fue analizado y del que se dijo, entre otras cosas, que no fue motivo de reparo ante el juez de primer grado, pero que, si lo hubiera sido, es insuficiente para exonerar a la entidad promotora de salud, dado que su función se extiende más allá de lo meramente administrativo o financiero, si bien debe velar por una idónea prestación de los servicios de salud a sus afiliados.

Fuera de este argumento, con una estricta visión de la correspondencia que debe haber entre los reparos concretos y la sustentación del recurso, puede también verificarse que, a la postre, en cuanto a la crítica que en primera instancia se blandió en relación con la mamografía tomada a la paciente en el año 2006, con que el dictamen del perito radiólogo fue equivocado, porque no tuvo en cuenta que el médico general se basó en el examen que se le llevó, y con que la probabilidad de la que habló el experto se quedó sin demostración, nada se expuso en el escrito presentado en esta sede.

2.6. Así que lo único que guardaría relación entre esos dos actos procesales (los reparos y la sustentación), y es en lo

que se detendrá la Sala, es en que la mamografía tomada en diciembre de 2006 se ajustó a todos los requerimientos técnicos y que como su resultado fue normal, no se ordenaron estudios complementarios, por lo que el error de diagnóstico del médico general que la atendió, nunca ocurrió.

Se anticipa que tal cuestionamiento debe fracasar. Y para concluirlo, sin necesidad de recurrir a otras pruebas, basta recordar que el Juzgado fundó la culpa en dos cosas: primero, la deficiencia de la mamografía que se tomó a la paciente que impidió que el radiólogo hiciera una buena lectura de la misma, a consecuencia de lo cual, el médico general determinó que eran innecesarios otros procedimientos; y segundo, que el médico general, en todo caso, a raíz de la permanente secreción, ha debido suministrarle suficiente información a la señora Fabiola Serna sobre las posibles causas de la misma y disponer su remisión a un especialista, para que atendiera su situación.

Salta a la vista una situación determinante para el fracaso de la impugnación que propone la parte demandada, en cuanto que la segunda razón que adujo el juzgado para dar por sentada la culpa galénica y el nexo causal, porque se impidió la detección más temprana del cáncer de mama y un tratamiento adecuado desde el mes de enero de 2007, ningún embate recibió, es decir, que se mantiene inalterable por aquello de la pretensión impugnaticia analizada.

Sin embargo, para no dejar las cosas allí, baste decir que, en estricto sentido, tampoco se dijo, y menos se demostró, en qué consistió el error que se le endilga al dictamen pericial rendido por el radiólogo César Augusto Poveda Suárez (c. ppal, T. III, archivo 2012-00241.pdf. p. 10) que, con toda claridad, dijo varias cosas de relevancia para el resultado de este asunto, por ejemplo, que:

> "A la luz de los criterios de calidad en la evaluación de una mamografía descritos en la literatura mundial, se evidencia que en la mamografía obtenida en el 2006, las proyecciones mamográficas presentan deficiente calidad técnica en los siguientes aspectos:
>
> 1. Posicionamiento. Hay deficiencias tanto en las proyecciones medio lateral oblicuas (MOL), como craneocaudales (CC), dadas

por ausencia del músculo pectoral mayor en la proyección MOL izquierda y rectificación con poca profundidad de este músculo en el seno derecho en la proyección MOL, Hay discordancia mayor a 1 cm en las líneas central del pezón al comparar las proyecciones MOL con las CC, Lo anterior causó que fuera evaluado menor cantidad de tejido mamario en ambos senos, pero en mayor severidad en el seno derecho, La obtención de las proyecciones mamográficas es responsabilidad del tecnólogo en radiología que labora en el centro de imágenes diagnósticas y debe ser supervisada y avalada por el médico en radiología.

2. Insuficiente penetración, que se relaciona con la técnica radiológica empleada por el tecnólogo y es lo que produce el mayor o menos oscurecimiento de la imagen, Las imágenes de 2006 tienen insuficiente penetración lo que disminuyó el contraste. Esta actividad igualmente es responsabilidad del tecnólogo del centro médico.

3. No hay artificios de movimiento (o nitidez) o artificios de ruido.

Las anteriores características, condicionaron que el tejido mamario de la paciente no fuera satisfactoriamente expuesto en su totalidad, facilitando que este tejido mamario especialmente en las porciones profundad haya quedado sin evaluación.

Más adelante indicó que:

La lectura del estudio del 2006 se ciñe a lo que la imagen muestra, pero esa mamografía debió haber sido rechazada, no leída y repetida por las deficiencias técnicas que evidenciaba.

Preguntado desde cuándo se hubiera podido detectar la masa basados en iguales estudios, que cumplieran estándares de calidad, dijo que no podía responder en forma exacta por cuanto el comportamiento biológico de una neoplasia es variable y multifactorial, pero basado en el tipo histológico tumoral final (cáncer in situ tipo cribiforme de bajo grado nuclear) consignado en la historia clínica, que la neoplasia probablemente estaba presente desde hace varios meses o incluso años y probablemente ya se encontraba presente en diciembre de 2006, mas no fue posible identificarla por las deficiencias técnicas descritas en el estudio mamográfico de 2006.

Agregó que el tipo histológico de cáncer de seno que se le diagnosticó a la señora Serna es una neoplasia de lento crecimiento.

Y sobre la necesidad de que el estudio mamográfico incluyera lo que él técnicamente denominó cola axilar, que es el área del seno que se extiende hacia las axilas, señaló que una muestra de calidad busca garantizar que la mayor parte del tejido mamario, incluyendo aquella parte, quede evaluado, pero en las proyecciones mamográficas de 2006, el tejido de cola axilar y las regiones profundas centromamarias bilaterales esencialmente en el seno derecho, no se encuentras satisfactoriamente evaluadas.

Consideró que la mamografía de 2006, tiene severas falencias técnicas durante su obtención, lo que limitó el rendimiento de la prueba, permitiendo que un cáncer ubicado profundo en el tejido mamario derecho no fuera identificado. Así que no fue satisfactoria para la detección de un cáncer de seno como el que probablemente padecía la paciente.

Surtido el traslado (p. 26), las partes guardaron silencio.

No está por demás recordar que en casos como el de ahora, en los que se debate una responsabilidad médica o institucional, por la deficiente prestación de un servicio, la prueba técnica, sin ser única y determinante, le permite al juez aproximarse al conocimiento que requiere para definir la litis, pues con ella se puede descubrir el comportamiento, tanto del galeno, como de las instituciones que contribuyen a la prestación de un servicio de salud y concluir si se cumplieron las reglas que aconseja la ciencia médica.

Así se ha dicho por esta Corporación, por ejemplo en la sentencia del 30 de julio de 2018, radicado 2016-00149-01, en la que se citó la sentencia SC-2506-16 de la Sala de Casación Civil de la Corte. Incluso desde antes, la propia Corte, en sentencia del 14 de diciembre de

2012, radicado 2002-00188-01, con ponencia del magistrado Arial Salazar Ramírez, en la que citó otra providencia del 26 de septiembre de 2002, expediente 6878, señaló que:

> Sin embargo –ha sostenido esta Corte– "*cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia –no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquéllos que la practican– y que a fin de cuentas dan, con carácter general las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas 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. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan pero no ocasionan…*".

Así que la contundencia de este dictamen, que no se refirió propiamente a la actuación del médico general, sino a la de los técnicos que tomaron la mamografía en diciembre de 2006 y de quien la avaló para emitir un diagnóstico, cuando ha debido rechazarla por sus diversas insuficiencias, razonamientos que no fueron controvertidos por la parte demandada, pudiendo serlo, le abrían camino al juzgado para dar por sentado que en la atención de la señora Fabiola Serna en el mes de diciembre de 2006 hubo impericia por parte de quienes tenían a cargo la mamografía, que es una generante de culpa. Y, a fuerza de insistir, también la halló en el médico general que ninguna explicación razonable le dio a la paciente de la secreción, ni tomó la determinación de remitirla a un especialista para que fuera él quien descartara cualquiera de las causas que la producían, cuestión que, se repite, no fue discutida por la recurrente.

A ello se suma que el otro perito que intervino, Dr. Javier Ángel Aristizábal (p. 184, c. 1, T. II) Coordinador Grupo Seno y Tejidos

Blandos del Instituto Nacional de Cancerología, cirujano general, con subespecialidades como cirujano oncólogo, cirujano de mama y tumores de tejidos blandos, aunque dijo que para él la mamografía de diciembre de 2006 era aceptable, su calidad debía ser establecida realmente por un radiólogo, como efectivamente ocurrió en este asunto. Pero, al margen de ello, en varios pasajes insistió en que si bien el médico general, con el resultado puesto a su disposición no requería ordenar estudios complementarios, teniendo en cuenta la edad de la paciente y la recurrencia de la secreción, ha debido enviarla a un especialista en mama, que fue lo que también señaló el Juzgado.

2.7. Dicho esto, se concluye que los escuetos reparos que la parte demandada hizo al fallo son insuficientes para derruir las conclusiones del juzgado, que dieron por sentada la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad que se le imputó, así que en este sentido será confirmado.

2.8. Esto permite abordar las quejas de la parte demandada que se reducen al monto de los perjuicios reconocidos a algunos demandados y a la negativa de su reconocimiento frente a otros.

Puesta la vista en la demanda se tiene que se reclamó el reconocimiento y pago de los perjuicios por el daño moral y a la vida de relación, a razón de 300 salarios mínimos legales en ambos casos, para cada uno de los demandantes; su indexación e intereses desde la ejecutoria de la sentencia.

El Juzgado, en síntesis, luego de referirse al daño moral y a la jurisprudencia que se conoce sobre el mismo, y aludir al daño a la vida de relación, dio por sentados ambos respecto de la víctima directa Fabiola Serna Gómez, y solo el primero en lo atinente a su hijo y sus hermanas, a la vez que negó los dos beneficios a la nuera y a los nietos de aquella, a uno por ser menor de edad, de escasos dos años para cuando sucedieron los hechos, y a la otra, porque para entonces no había nacido.

La reclamación en esta sede de los demandantes, parte de varios supuestos: (i) que la cuantía es irrisoria, porque desconoce los parámetros que ha fijado el Consejo de Estado; (ii) que la condena debe ser en salarios mínimos y no en pesos; y (iii) que basta acreditar el parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o primero civil, para que abra paso la presunción de que se han causado los perjuicios extrapatrimoniales.

Lo primero a tener en cuenta es que la asesora judicial de los demandantes pasa inadvertida una cuestión simple: este asunto no se tramita ante la jurisdicción contencioso administrativa, sino ante la ordinaria, con lo que, siendo importante el aporte que el Consejo de Estado hace en materia de responsabilidad civil, sus decisiones no son precedentes que obliguen a los jueces de la especialidad civil, que sí están llamados a seguir las orientaciones de su órgano de cierre, esto es, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Como ello es diáfano, se torna perentorio indicar que esa alta Colegiatura no acude, por regla general, a la tasación de los perjuicios extrapatrimoniales en salarios mínimos, sino en pesos, como atinadamente se hizo en primera instancia, por un lado. Y por el otro, que también ha fijado unos baremos que, sin ser obligatorios, sirven de norte a los jueces de la especialidad, para la imposición de los perjuicios derivados del daño moral y a la vida de relación.

Esta misma Sala, en sentencia del 1° de noviembre del 2016 con radicado 2012-274-01, con apoyo en fallos de la Corte Suprema de Justicia (SC 13925-2016, SC 16690-2016 y SC 9193-2017), y luego en providencia del 19 de julio de 2019, radicado 2017-00345-01, con sustento en la sentencia SC665-2019, indicó que la compensación para los casos en que fallece la víctima ha sido fijada, en general, en la suma de $60.000.000.oo, como se reiteró más adelante en la sentencia SC780-2020, y en sede de tutela, que sirve como criterio auxiliar, en la sentencia STC3567-2020.

Es evidente, entonces, que los montos que pretenden los demandantes superan en mucho el resarcimiento que, en

términos generales, se ha establecido en sede ordinaria (e incluso en la contencioso administrativa) respecto del perjuicio por el daño moral recibido, en el caso más extremo, sin desconocer que en situaciones muy explícitas y complejas, puedan haberse otorgado sumas mayores[19].

En adición, esta Colegiatura, desde la sentencia del 30 de noviembre de 2008, en el radicado 2011-002562, con ponencia del Magistrado Duberney Grisales Herrera, viene haciendo un seguimiento a diversos asuntos en los que la Corte ha tasado el perjuicio moral por varias causas.

Allí se compendió que:

a. El valor máximo reconocido, para el evento muerte por la CSJ (2016)[20], es de $60 millones; lo reiteró en 2017[21]. Se aclara sí que la misma CSJ tiene dicho que en tratándose de perjuicios de esta estirpe, no existen topes máximos y mínimos[22].

b. La CSJ el día 06-05-2016[23], ordenó pagar $15 millones por esta especie de daño a la víctima directa, cuyas lesiones fueron: perturbación psíquica permanente y deformación física en el cuerpo de carácter permanente con la colocación de una válvula de drenaje en el cerebro; al momento del accidente contaba con 17 años de edad.

c. En el año 2017 la CSJ[24] (19 de diciembre), condenó por $40 millones para la víctima directa, la afectación consistió en la extracción del ojo izquierdo, que le dejó como secuela alteración estética del rostro en forma permanente y, desde luego, mermó su capacidad visual.

d. La CSJ en sentencia del 28-06-2017[25], reconoció $60 millones para un menor de edad, a quien se le provocó una parálisis cerebral al momento del parto, que generó cuadriplejía.

Se complementa ahora que en la sentencia

---

[19] Sentencia SC5686 de 2018.
[20] CSJ, SC-13925-2016.
[21] CSJ, SC-9193-2017.
[22] CSJ, SC-21828-2017.
[23] CSJ, SC-5885-2016.
[24] CSJ, SC-21828-2017.
[25] CSJ, SC-9193-2017.

SC780-2020, la misma Corporación, a una secuela consistente en deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente, se le reconoció, como paliativo, una suma de $30'000.000,oo.

Desde esta perspectiva, teniendo en cuenta que a la demandante Fabiola Serna Gómez se le hubo de realizar el 22 de mayo de 2007 una mastectomía radica modificada del seno derecho (p. 153, c. 1, T. I) y que al decir de los testigos Oscar Darío Alzate (p. 35, c. 1, T. II), Martha Lucía Valencia Arenas (p. 38, ib.) y María Cristina Jaramillo Londoño (p. 41 ib.), su padecimiento antes de la intervención y con posterioridad fue intenso y sigue siéndolo, en la medida en que la afectaron las quimioterapias y radioterapias, debe mantener en control, perdió fuerza en sus extremidades, lo que le que le ha impedido ayudar en la crianza de sus nietos, le es imposible levantar objetos pesados, pero, además, su disminución física, es evidente, hiere lo más hondo de su dignidad como mujer, estima la Sala que la cuantificación del perjuicio por el daño moral debe ser elevado a la suma de 30'000.000,oo.

No ocurre igual con los valores reconocidos a su hijo y hermanas, en quienes se presume una aflicción menor, por lo que esas sumas se hallan dentro de lo que razonablemente ha estimado la jurisprudencia nacional.

En punto al daño moral, queda por ventilar lo que corresponde a los nietos, pues el Juzgado les negó este reconocimiento; a David Anthony García, por cuanto solo contaba con dos años de edad para cuando ocurrieron los hechos; y a Daniela Melissa García, en la medida en que no había nacido.

Es claro para la Sala que, como Daniela Melissa nació en agosto de 2008, esto es, más de un año después de la intervención quirúrgica, ningún perjuicio se le pudo haber causado en ese momento y ningún argumento adicional se blandió en la demanda para entender que lo hubiera padecido con posterioridad. Así que la absolución respecto de ella será confirmada.

Distinta es la situación con David Anthony, por cuanto la edad no es un factor determinante para negar el reconocimiento de un perjuicio de esta índole, si bien, como explica la jurisprudencia, precisamente en la sentencia SC5686-20187 ya citada:

> la Corte no comparte el criterio del Tribunal atinente a la reducción de condenas por daños morales cuando el beneficiario es un menor de siete años en tanto que si bien es cierto que el dolor físico o psíquico de las personas ha sido una constante en la definición de este tipo de perjuicios, y los menores pueden no llegar a tener cabal conciencia de la magnitud de la desaparición de sus seres queridos, también lo es que tales padecimientos son apenas una de las consecuencias negativas e internas que sufren en general las personas, cuando intereses extrapatrimoniales inherentes a su personalidad les han quedado vulnerados, frustrados o arrebatados por el hecho dañoso. Porque en el caso de los pequeños descuella la transgresión de derechos fundamentales que inciden en su normal crecimiento, como los de "*tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor*", a que se refiere el artículo 44 de la Constitución, en el listado de los derechos fundamentales de los niños, de prevalencia frente a otros.

En consecuencia, por hallarse en un grado menos de consanguinidad que su padre, y en uno igual al de las hermanas, se le asignará el mismo monto, es decir, siete millones de pesos ($7'000.000.oo). En este aspecto, también se revocará parcialmente el fallo.

Y en cuanto al daño a la vida de relación, ninguna discusión puede suscitar, y no fue motivo de reparo por la demandada, que las condiciones de vida de Fabiola Serna Gómez cambiaron en lo personal, en lo familiar y en lo social. De hecho, el Juzgado reconoció en su fallo que, con la prueba testimonial y documental recaudada, era fácil advertir la pérdida del seno derecho, la variación anatómica de su cuerpo, tener que cargar con el lastre de no poder levantar cosas pesadas, incluyendo a sus nietos, la imposibilidad de asistir a piscinas, o al mar, o siquiera de asolearse, consecuencias con las que debe lidiar hasta el final de sus días, estima la Sala que la suma reconocida a su favor, que es apenas un paliativo, porque ninguna alcanzaría para recobrar sus condiciones normales de vida, es reducida y que debe ser incrementada a una igual,

para este caso, a la del perjuicio moral. De manera que se aumentará a la suma de treinta millones de pesos (30'000.000.oo).

Diferente ocurre con los otros demandantes, porque, contrario al perjuicio moral, no se presume, sino que hay que demostrarlo; y, retomando lo que se dijo por la Corte en la ya citada sentencia SC780-2020, ninguna prueba apunta en el sentido de que aquellos hayan sufrido una merma significativa en su vida en relación. Ciertamente, de las versiones escuchadas emerge el dolor y la aflicción que sufrieron por la situación que afrontó Fabiola, pero nada dicen de los cambios que en su entorno personal, familiar, social, hubieran podido experimentar ellos, con entidad suficiente para ser resarcidos económicamente.

2.9. En cuanto a la indexación reclamada, como quiera que la tasación de los perjuicios morales se hace con valores vigentes al momento del fallo, lo único que procede es la actualización de las condenas impuestas a favor de María Teresa, María Helena, Marina Stella y Martha Lucía Serna Gómez, Santiago García Serna y David Anthony García Barrios desde la fecha en que se profirió el fallo de primer grado y hasta el mes de noviembre de 2020, que es el último registro del DANE sobre la evolución del IPC, atendiendo lo previsto en el artículo 283 del CGP[26]. Y se incluye a David Anthony, dado que se le ha reconocido una suma igual a la de las hermanas de Fabiola Serna, que serán ajustadas, teniendo en cuenta esta fórmula[27]:

$$Va = Vh \frac{If}{Ii}$$

En el caso de Santiago García Serna:

---

[26] Sentencia SC002-2018

[27] Va= Valor actual
Vh= Valor histórico
If= IPC final (fecha de la liquidación)
Ii= IPC inicial (fecha de la erogación)

$$Va: 10´000.000,oo \quad \frac{105,08}{103,26}$$

Va: **10’176.254,oo**

Y en el de María Teresa, María Helena, Marina Stella y Martha Lucía Serna Gómez:

$$Va= \$7’000.000 \quad \frac{105,08}{103,26}$$

Va = **7’123.378,oo**

Y respecto de los intereses, tienen razón los recurrentes, en la medida en que el Juzgado nada dijo expresamente sobre su improcedencia, sin embargo, luego de referirse a los perjuicios que reconoció, negó las restantes pretensiones, con lo que se entienden allí incluidos. Sin embargo, los mismos deben causarse a razón del 0,5% mensual, a partir de la ejecutoria de esta sentencia (art. 1617 C.C.).

2.9.1. Recapitulando, se tiene que la sentencia de primer grado será confirmada, salvo en cuanto negó los perjuicios por el daño moral a David Anthony, que serán reconocidos en la suma de $7’123.378,oo; se modificarán los montos reconocidos a Fabiola Serna Santa por daño moral y daño a la vida de relación, para estimarlos en la suma de $30’000.000,oo, cada uno; se actualizarán las condenas a favor de los otros demandantes y se reconocerán los intereses pedidos.

Como quiera que la sentencia no se confirma ni se revoca totalmente, en los términos de los numerales 3 y 4 del artículo 365 del CGP, no habrá condena en costas en esta sede.

3. DECISIÓN

En armonía con lo dicho, esta Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

1. **CONFIRMA,** con las modificaciones y adiciones que se indicarán**,** la sentencia del 10 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, en este proceso ordinario de responsabilidad civil médica que **Fabiola, María Teresa, María Helena, Marina Stella y Martha Lucía Serna Gómez, Santiago García Serna, Elida Aracelly Barrios, David Anthony y Daniela García Barrios,** iniciaron contra **Saludccop EPS en Liquidación,** salvo en cuanto negó las pretensiones de David Anthony García, pues en ese aspecto, se revoca y, en su lugar se condena a la demanda a pagarle los perjuicios derivados del daño moral irrogado.

2. Se **MODIFICA** el fallo en lo que tiene que ver con los montos reconocidos a Fabiola Serna Gómez por concepto de los perjuicios derivados del daño moral y a la vida de relación.

3. En consecuencia, el ordinal segundo de la parte resolutiva del fallo, que consta en el acta respectiva (p. 129, c. 1, T. III), quedará así:

"SEGUNDO: CONDENAR a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD O.C. SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN, o a la entidad que haga sus veces, a pagar a título de indemnización por los daños ocasionados en la salud de la señora FABIOLA SERNA GÓMEZ, las siguientes sumas de dinero:

a. **Por daño Moral**:

A favor de FABIOLA SERNA GÓMEZ, la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS ($30'000.000,oo).

A favor de SANTIAGO GARCÍA SERNA, la suma de DIEZ MILLONES CIENTO SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS ($10’176.254,oo), debidamente actualizada.

A favor de DAVID ANTHONY GARCÍA, MARÍA TERESA, MARÍA HELENA, MARINA ESTELLA Y MARTHA LUCÍA SERNA GÓMEZ, la suma de SIETE MILLONES CIENTO VEINTITRÉS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS ($7’123.378,oo), a cada uno, debidamente actualizadas.

b. **Por daño a la vida de relación:**

A favor de FABIOLA SERNA GÓMEZ, la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS ($30’000.000,oo).

4. Las sumas reconocidas causarán intereses legales a partir de la ejecutoria de esta providencia y hasta cuando se efectúe el pago.

Sin costas en esta sede.

Notifíquese.

Los Magistrados

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

DUBERNEY GRISALES HERRERA
Ausente con justificación