



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-0046-2021

ASUNTO	: SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO – RESPONSABILIDAD MÉDICA
DEMANDANTES	: CARLOS TULIO APONTE MAYOR Y OTROS
DEMANDADOS	: COOMEVA EPS Y CLÍNICA LOS ROSALES SA
PROCEDENCIA	: PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE QUINCHÍA, R.
Radicación	: 66001-31-03-004- 2012-00290-01
TEMAS	: CULPA - JUICIO CAUSAL FÁCTICO Y JURÍDICO – PERITAJE
Mag. Ponente	: DUBERNEY GRISALES HERRERA
APROBADA EN SESIÓN	: 280 DE 17-06-2021

PEREIRA, R., DIECISIETE (17) DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

Las apelaciones del extremo pasivo, contra la sentencia del día **17-02-2020** (Expediente recibido el día 08-06-2020), con la cual se finiquitó la primera instancia en el proceso referido, de acuerdo a las estimaciones jurídicas que siguen.

2. LA SÍNTESIS DE LA DEMANDA

2.1. LOS HECHOS RELEVANTES. El señor Carlos Tulio Aponte Mayor, afiliado a Coomeva EPS, fue operado el 25-02-2008 para reemplazarle una válvula aórtica por bioprótesis, tras el cual mostró algunos síntomas (Mareo, insuficiencia respiratoria, malestar general, debilidad, pérdida de la visión, entre otros) por los que consultó en varias oportunidades, pero se le dijo que estaba bien

del corazón. Luego, en EEUU, fue intervenido de urgencia, por presentar un escape de sangre del corazón, le cambiaron la prótesis por una de mayor diámetro y le instalaron un marcapasos. Esta atención tuvo un alto costo (293.327,71 dólares) y le ocasionó un perjuicio moral que, también, padecieron su cónyuge e hijos (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.1, pdf.1. CUADERNO No. 1, parte 1, folios 8-11).

2.2. LAS PRETENSIONES. Declarar que: **(i)** Luis A. Angarita N. y Melquisedec Gutiérrez V. tienen vínculo contractual con la IPS y EPS demandadas, cuyo cumplimiento se da en las instalaciones de la primera; **(ii)** El señor Carlos T. contrató con la EPS para la prestación de servicios médicos, en virtud del cual le hicieron cirugía el 25-02-2008, con resultados negativos, luego no lo atendió adecuadamente; **(iii)** El paciente debió ser intervenido en los EEUU; **(iv)** Los demandados son civil y solidariamente responsables.

Se solicitó condenar: **(v)** Al pago del daño emergente por 293.327,71 dólares a favor de Carlos T. Aponte M; daños morales y a la vida de relación a favor de este (200 smmlv) y su cónyuge (100 smmlv); y solo morales a favor de sus hijos (100 smmlv para cada uno); y, **(vi)** En costas (Sic) a los demandados (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.1, pdf.1. CUADERNO No. 1, parte 1, folios 14-16).

3. LA DEFENSA DE LA PARTE PASIVA

3.1. Melquisedec Gutiérrez Beleño y Luis Antonio Angarita Navarro (DEMANDADOS). De manera separada, a través de la misma apoderada, contestaron en forma similar, aceptaron los hechos 2º y 9º, negaron y/o dijeron no constarle los otros. Se opusieron y formularon como excepciones de mérito: **(i)** Inexistencia de nexo causal, entre la conducta médica y los perjuicios reclamados; **(ii)** Inexistencia de culpa; **(iii)** La obligación del médico es de medios y no de resultados; **(iv)** Falta de legitimación por pasiva; **(v)** Cobro exagerado de perjuicios; y, **(vi)** La genérica (Ibidem: (i) parte 2, folios 118-132; y (ii) parte 3, folios 89-102).

La excepción de falta de legitimación por pasiva, también, la propusieron como previa (Ibidem, parte 3, folios 88 y 131), siendo desestimada en primera instancia (Auto de 03-10-2011, ibidem, parte 4, folios 145-185), pero reconocida en segunda y, por ende, fueron excluidos del trámite (Proveído de 28-02-2012, ib., parte 5, folios 1-13).

3.2. Clínica Los Rosales SA. (DEMANDADA Y LLAMADA EN GARANTÍA). Admitió los hechos 1º, 2º y 9º, los demás fueron negados o dijo no constarle. Repelió las pretensiones y formuló como excepciones: **(i)** Ausencia de nexo causal; **(ii)** Excesiva tasación de perjuicios; y, **(iii)** La genérica (Ib., parte 3, folios 133-144). Frente al llamamiento, negó el hecho 3.9., los demás los aceptó. Admitió las pretensiones del llamante y excepcionó “cumplimiento contractual por parte de la IPS, como llamada en garantía” (Ib., parte 4, folios 92-95).

3.3. Coomeva EPS SA (DEMANDADA). Asintió en los hechos 1º, 2º y 10º y desestimó o dijo no constarle los demás; resistió las pretensiones y excepcionó de fondo: **(i)** Total cumplimiento de las obligaciones a cargo de la EPS, inexistencia de culpa: diligencia y cuidado; **(ii)** Inexistencia del nexo causal; **(iii)** Indebida acumulación de pretensiones por errada escogencia del carácter de la acción formulada; **(iv)** Causa extraña: caso fortuito o fuerza mayor; **(v)** Objeción al monto indemnizatorio pretendido y excesiva cuantificación de perjuicios morales; **(vi)** Inexistencia de perjuicio material deprecado; y, **(vii)** Ecuménica (Ib., parte 4, folios 21-41).

3.4. Seguros del Estado SA. (LLAMADA EN GARANTÍA POR LA CLÍNICA LOS ROSALES SA). Dijo no constarle los hechos, cuestionó las pretensiones y excepcionó de fondo frente al escrito inicial “inexistencia de las obligaciones demandadas, por inexistencia del nexo causal”. Y respecto al llamamiento, entre otras, formuló: **(i)** Inexistencia de la obligación por inexistencia del siniestro; y, **(ii)** Clase de póliza otorgada (Ib., parte 4, folios 103-118).

4. EL RESUMEN DE LA DECISIÓN APELADA

En la resolutive: **(i)** Declaró civil y solidariamente responsables a las demandadas; **(ii)** Condenó al pago del daño moral a favor del señor Carlos Tulio Aponte Mayor; **(iii)** Negó las demás pretensiones; **(iv)** Desestimó las excepciones de fondo; **(v)** Aceptó el llamamiento a Seguros del Estado SA y en virtud de él le ordenó pagar al actor; y, **(vi)** Condenó en costas a las demandadas.

Explicó que en la responsabilidad médica son acumulables las pretensiones del paciente y de quienes reclaman perjuicios por los daños sufridos por aquel; también, que el régimen es de culpa probada. Enseguida, examinó los dos (2) dictámenes, el segundo practicado en el trámite de objeción por error grave del primero, concluyó que este carece de fundamentación, respaldo científico y técnico para fundar la objeción alegada; también para decir que fue adecuada la atención, por ende, desestimó esa oposición y excluyó la prueba de la apreciación.

Al examinar la asistencia médica afirmó que, analizados los testimonios, el peritaje de la CES y la historia clínica, se constata que se presentaron dos conductas negligentes: **(i)** Error al diagnosticar el tamaño de la válvula; e, **(ii)** Inadecuado seguimiento del posoperatorio; pues, en ambos casos, se omitieron exámenes complementarios y/o específicos. El daño lo advirtió en las afecciones del paciente, luego del primer procedimiento y que obligaron, en el corto tiempo, a una segunda cirugía. Enseguida, frente al nexo causal aseguró que todo aquello ocurrió sin duda por el error en la válvula inicialmente implantada.

Al tasar los perjuicios solo reconoció daño moral al señor Carlos T., a los demás actores se los negó porque dejó de demostrarse el parentesco con aquel; el daño emergente, correspondiente a gastos médicos en otro país, se desestimó porque se omitió probar que el pago lo hubiese hecho aquel o su familia. Finalmente, dijo que no había lugar al llamamiento de la EPS a la IPS, porque existe solidaridad entre ellas y, a la aseguradora, la condenó hasta el límite de cobertura (Ib., parte 5, folios 182-194).

5. LA SÍNTESIS DE LAS ALZADAS

5.1. LOS REPAROS CONCRETOS

5.1.1. Seguros del Estado SA. **(i)** Dejó de demostrarse el nexo causal, no hay prueba de que la válvula puesta fue incorrecta, debió traerse con la demanda; **(ii)** La atención médica prestada por la IPS fue diligente durante la cirugía, no eran obligatorios exámenes previos que determinaran el tamaño de ese insumo, podía establecerse en el procedimiento; **(iii)** Fue adecuado el seguimiento hasta darle de alta, con posterioridad correspondía a la EPS; también la atención fue correcta cuando consultó por urgencias; **(iv)** El viaje a EEUU fue por razones personales, visitar a sus hijos, no para conseguir un mejor servicio de salud; y, **(v)** De mantenerse la condena, debe quedar fijado el monto exacto a pagar y que será por reembolso a la asegurada (Ib., parte 5, folios 195-198).

5.1.2. Demandantes. **(i)** Los interrogatorios de la parte actora y los testimonios acopiados a su solicitud, sirven para demostrar el matrimonio del señor Carlos Aponte M. y María M. Giraldo de A., también, que son padres de Carlos A. y Juan F., exigir los registros civiles es un excesivo rigorismo legal; y, **(ii)** Debió condenarse al pago del perjuicio material, porque la intervención en otro país se dio por la inadecuada atención prestada en la primera cirugía (Ib. parte 5, folios 199-209).

5.1.3. La clínica Los Rosales SA. **(i)** La forma de fijar el tamaño de la válvula fue apropiada; **(ii)** No hay consenso sobre cuál es el método correcto para establecerlo ni estandarización de tamaños o modelos; **(iii)** Cumplimiento de la *lex artis*, adecuada atención quirúrgica y posterior; e, **(iv)** Indebida apreciación del dictamen (Ib., folio 210).

5.1.4. Coomeva EPS. **(i)** Inadecuado examen de las pruebas: se omitió valorar los testimonios de los médicos que realizaron el procedimiento y se desechó el dictamen de la Clínica Shaio; **(ii)** El método utilizado para establecer el

tamaño de la válvula fue correcto, es inexistente prueba sobre la necesidad de análisis complementarios para fijarlo; **(iii)** Se probó que se practicó ecocardiografía que permitió constatar adecuado funcionamiento; **(iv)** Los síntomas por los que consultó luego de la cirugía, fueron tratados, esa intervención no tuvo inconvenientes y fue exitosa, ¿por qué habría de sospecharse que fueran consecuencia de ésta?; **(v)** Si en verdad el tamaño fuera inadecuado debió fallar en más corto tiempo; y, **(vi)** Debió aceptarse el llamamiento a la IPS (Ib., folios 214-216).

5.2. LA SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS

En atención al Decreto Presidencial No.806 de 2020, los recurrentes de la parte demandada y la llamada en garantía allegaron por escrito, la argumentación de sus reparos. A su turno la apelación de la parte demandante fue declarada desierta, según providencia del 28-07-2020 (Carpeta 2a instancia, pdf No.04) y confirmada al resolver reposición con auto de 25-08-2020 (Carpeta 2a instancia, pdf No.09).

5.2.1. Coomeva EPS. Ratificó integralmente los argumentos expuestos en primera instancia (Carpeta 2ª instancia, archivo 01, folios 11-14).

5.2.2. Seguros del Estado SA. Reiteró lo dicho en primera sede frente a los reparos, y enfatizó que: **(i)** La carga probatoria le incumbía a la parte actora que con la demanda no informa sobre las pruebas sobre la negligencia y la causalidad; **(ii)** Fue oportuno y correcto el tratamiento dispensado al paciente, tanto en el procedimiento, como en el posoperatorio y en las atenciones por urgencias; **(iii)** La decisión debe ser clara sobre el pago, en caso de confirmarse, pues debe hacerse a la aseguradora y es necesario precisar la cuantía y que el deducible lo debe asumir aquella; y, **(iv)** Cuestionó que hubiese viajado a EEUU solo para la cirugía realizada (Carpeta 2ª instancia, archivo 01, folios 16-27).

5.2.3. La clínica Los Rosales SA. Desistió de tres de los reparos. Sustentó los

siguientes: **(i)** La medición del área del orificio fue adecuada, no hubo error de diagnóstico; así se desprende de la declaración del doctor Luis A. Angarita N. y de lo explicado en el peritaje del CES que, claramente, indica que durante la cirugía puede establecerse esa medida; y, **(ii)** La atención quirúrgica y posterior fue apropiada, en aquella no se presentaron complicaciones y para el egreso le hicieron exámenes con resultados satisfactorios, también, el 08-03-2008 hubo control sin hallazgos negativos (Carpeta 2ª instancia, archivo 01, folios 29-34).

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 y las partes tienen aptitud jurídica para participar en el proceso. No se aprecian causales de nulidad que afecten lo actuado.

6.2. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. Este examen es oficioso, por manera que con independencia de lo alegado por las partes, corresponde siempre analizar su concurrencia, así entiende la CSJ⁴, en criterio que acoge sin reparos este Tribunal⁵. Cuestión diferente es el análisis de prosperidad de la súplica. La legitimación en la causa, está cumplida para ambos extremos de la relación procesal, así pasará a explicarse.

En orden metodológico, se impone definir primero el tipo de pretensión

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, 2016, p.769-776.

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

⁴ CSJ. SC-1182-2016, reiterada en SC-16669-2016.

⁵ TSP, Civil-Familia. Sentencias del: **(i)** 01-09-2017; MP: Grisales H., No.2012-00283-02; **(ii)** 06-11-2014; MP: Arcila R., No.2012-00011-01; y, **(iii)** 19-12-2014; MP: Saraza N., No.2010-00059-02.

postulada en ejercicio del derecho de acción, para luego constatar quiénes están habilitados por el ordenamiento jurídico para elevar tal pedimento y quiénes están autorizados para resistirlo, es decir, esclarecida la súplica se determina la legitimación sustancial de los extremos procesales.

Al formularse la demanda no se especificó el tipo de responsabilidad (Se presentó ante la justicia laboral), sin embargo, el juzgador de primera instancia, en razonamiento que se comparte, lo entendió en ambas órbitas (Contractual y extracontractual), de forma acumulada, tal como admite la jurisprudencia de esta especialidad, desde antaño (CSJ)⁶, en discernimiento acogido por esta Sala⁷.

Hay legitimación de parte del señor Carlos Tulio Aponte Mayor, pues fue quien como paciente (Cotizante) recibió los servicios médicos, en una relación jurídica contractual, que fue aceptada expresamente por la EPS demandada (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.1, parte 4, folio 21, hecho 1º); además, este tipo de negocios está excluido de solemnidad alguna.

Por su parte, los señores María Marleny Giraldo de Aponte, Carlos Alberto y Juan Felipe Aponte Giraldo, son ajenos a la mencionada relación negocial, su pretensión reparatoria es extracontractual o *aquiliana*, son “*víctimas indirectas o de rebote*”⁸, dado que reclaman los daños padecidos en forma colateral por las afecciones ocasionadas a quien se dice esposo de la primera y padre de los otros dos, por ende, en esa calidad, la súplica invocada es personal y no hereditaria⁹⁻¹⁰.

El fallo apelado desestimó indemnizaciones para estos últimos damnificados por faltar prueba de sus calidades, pero como las razones del juez quedaron

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

⁷ TSP, Civil-Familia. Sentencias: (i) SC0001-2021; (ii) 30-07-2018, No.2016-00149-01; y, (iii) 07-12-2016, No.2012-00322-01 MP: Grisales H.

⁸ PIZARRO W. Carlos. La responsabilidad médica, Grupo editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2018, p.27.

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.

sin refutación alguna, pues se declaró desierto el recurso sobre este aspecto, son intangibles para esta Sala ahora.

En lo atinente a la legitimación por pasiva, se tiene que a Coomeva EPS SA y a la clínica Los Rosales SA, son las entidades a quienes la parte demandante, imputa la conducta dañina (Artículos 2341 y 2344, CC), por ser copartícipes en la causación del daño, al haber prestado servicios médicos al paciente; en aplicación de la teoría de la *“coautoría en la producción del perjuicio”*¹¹. Por disposición legal, esas demandadas pueden ser llamadas a responder.

También fueron demandados los médicos Melquisedec Gutiérrez Beleño y Luis Antonio Angarita Navarro, pero fueron excluidos del trámite cuando se aceptó, en segundo grado, la excepción previa de falta de legitimación por pasiva (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.1, pdf.5. CUADERNO No.1, parte 5, folios 1-13).

Ningún reparo hay sobre la vinculación de Seguros del Estado SA, como llamada en garantía, según la póliza suscrita con la IPS demandada y que estaba vigente para la época de atención del paciente (25-02-2008), según la copia aparejada en el expediente [Ib., parte 4, folio 4 (05-08-2007 a 04-08-2008)].

Sobre la citación de la clínica Los Rosales SA, también como llamada en garantía de la EPS demandada, tampoco se halla censura, contrario al parecer del fallo, puesto que a ésta se le atribuye responsabilidad, por su intervención en la atención del paciente (Artículo 2344, CC, la solidaridad directa y SC-5885-2016), en virtud al contrato que las ata (Ib., parte 4, folios 46-66). La EPS se obligó con el cotizante a brindar asistencia médica y para tal efecto contrató con la IPS; ambas entidades concurren en la prestación del servicio al paciente, eso sí en diversos niveles, y que la prestadora de salud lo haga materialmente, no excluye *per se* a la EPS que asumió ese compromiso de forma contractual.

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

Así entonces, como la coparticipación en la producción del daño genera solidaridad (Art.2344, CC), es fundamento suficiente para habilitar el llamamiento hecho, así prevé el artículo 64, CGP y comprende la doctrina procesalista¹², bien claro reluce que las relaciones sustanciales son diversas: una entre el paciente y la EPS y otra entre ésta última y la IPS. En el mismo sentido discurre la CSJ, recientemente (31-08-2020)¹³:

... la naturaleza jurídica de la opugnadora como garante de que la prestación del servicio médico solicitado por sus afiliados y el grupo familiar que detenta la categoría de beneficiarios, sea adecuado, suficiente y tempestivo. Por el contrario, está acorde con la hermenéutica que en forma reiterada ha dejado plasmada la Corte respecto de la estructuración del sistema integral de seguridad social en salud a la luz de la Ley 100 de 1993 y demás normas complementarias, así como al alcance de las funciones allí asignadas a las Entidades Promotoras de Salud, como se dejó expuesto en un comienzo.

(...)

Ahora bien, el que se hiciera énfasis en la solidaridad existente entre la EPS y la IPS, no constituye un desafuero porque la atención fuera brindada en esta última por un encargo preestablecido de la primera y son dos personas jurídicas diferentes, (...) porque en su sentir es imprescindible que al hablar de múltiples responsables en los términos del artículo 2344 del Código Civil *«el sujeto respecto de quien se predica solidaridad en la obligación de resarcir haya concurrido con su conducta a la generación del daño»*.

(...)

En vista de que el presente litigio se dirigió contra la EPS a la cual estaba afiliado el padre del menor beneficiario y una de las IPS asignadas por aquella entidad para brindar atención médica a sus usuarios, relaciones que se tuvieron por ciertas, ninguna duda queda sobre la unidad de objeto prestacional que les extiende a ambas sociedades la carga de resarcir los daños inferidos al paciente, como en forma atinada concluyó el sentenciador.

¹² ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo 2, ESAJU, 2020, 7ª edición, Bogotá, p.111. También MORALES M., Hernando. Curso de derecho procesal civil, parte general, 11ª edición, Bogotá DC, editorial ABC, 2015, p.259.

¹³ CSJ. SC2769-2020.

6.3. EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER. ¿Se debe revocar, modificar o confirmar la sentencia parcialmente estimatoria, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía, según el razonamiento de las apelaciones del extremo pasivo?

6.4. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

6.4.1. La apelación límite en segundo grado. En esta sede están definidos por los temas objeto del recurso, es una patente aplicación del modelo dispositivo en el proceso civil nacional (Arts. 320 y 328, CGP), es lo que hoy se conoce como la *pretensión impugnaticia*¹⁴, novedad de la nueva regulación procedimental del CGP, según la literatura especializada, entre ellos el doctor Forero S.¹⁵. Discrepa, el profesor Bejarano G.¹⁶, al entender que contraviene la tutela judicial efectiva, de igual parecer Quintero G.¹⁷, mas esta Magistratura disiente de esas opiniones divergentes, en todo caso minoritarias.

Ha entendido, de manera pacífica y consistente, esta Colegiatura en múltiples decisiones, por ejemplo, las más recientes: de esta misma Sala y de otra¹⁸, que opera la aludida restricción. En la última sentencia mencionada, se prohibió lo argüido por la CSJ en 2017¹⁹, eso sí como criterio auxiliar; y en decisión posterior y más reciente, la misma Corporación²⁰ (2019), ya en sede de casación reiteró la referida tesis de la apelación restrictiva.

¹⁴ 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.

¹⁵ FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en segunda instancia, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal en Cali, Bogotá DC, editorial Universidad Libre, 2018, p.307-324.

¹⁶ BEJARANO G., Ramiro. Falencias dialécticas del CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Memorial del Congreso XXXVIII en Cartagena, editorial Universidad Libre, Bogotá DC, 2017, p.639-663.

¹⁷ 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>

¹⁸ TS, Civil-Familia. Sentencias del 19-06-2020; MP: Grisales H., No.2019-00046-01 y (ii) 04-07-2018; MP: Saraza N., No.2011-00193-01, entre muchas.

¹⁹ CSJ. STC-9587-2017.

²⁰ CSJ. SC-2351-2019.

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) y los eventos del artículo 282, inc.3º., ib.; también los presupuestos procesales²¹ y sustanciales²², las nulidades absolutas (Art. 2º, Ley 50 de 1936), las prestaciones mutuas²³ y las costas procesales²⁴, la extensión de la condena en concreto (Art.283, ibidem); cuando se ordenan pruebas en segunda instancia²⁵; la apelación adhesiva (Art.328, inc.2º, CGP); por último, es panorámica la competencia cuando ambas partes recurren, en lo desfavorable (Art.328, inciso 2º, CGP).

6.4.2. EL CASO CONCRETO

Las censuras se contraen a: **(i)** Cuestionamientos probatorios (Carga e inadecuada valoración), para estimar que evidencian inexistencia de nexo causal y culpabilidad; **(ii)** La precaria concreción del pago ordenado a la aseguradora; **(iii)** Resolver sobre el llamamiento de la EPS a la IPS; y, **(iv)** Los problemas de salud del actor como origen del viaje a los Estados Unidos. La existencia del daño no ha sido controvertida. Queda así delineado el estudio en esta sede: factor causa y culpa, luego el pago mediante la póliza.

De entrada, se desestima analizar de fondo las razones del traslado del señor Carlos Tulio al referido país, pues su incidencia se relaciona con el daño emergente, pero como fue negado en primer grado, ninguna razón hay para su revisión.

²¹ CSJ, SC6795-2017. También sentencias: **(i)** 24-11-1993, MP: Romero S.; **(ii)** 06-06-2013, No.2008-01381-00, MP: Díaz R.

²² CSJ, SC1182-2016, reiterada en la SC16669-2016.

²³ CSJ, Civil. Sentencia del 15-06-1995; MP: Romero S., No.4398.

²⁴ LÓPEZ B., Hernán F. Procedimiento civil colombiano, parte general, 2016, 10ª edición, Dupré Editores, p.1055.

²⁵ ÁLVAREZ G., Marco A. Ob. cit., p.444.

La sentencia empieza por analizar el hecho culposo, para luego constatar la existencia del daño y finaliza con la definición del nexo causal, que advertía en que las afecciones de salud padecidas por el señor Carlos T., entre marzo y diciembre de 2008, fueron *causadas* por el *error del personal* de la clínica Los Rosales. Entendió la causa originada en la culpa, cuando comprende esta Magistratura que el precedente judicial mayoritario nacional y de esta Sala²⁶, así como la misma doctrina²⁷, señalan que el nexo es entre la conducta o hecho dañoso y el daño ocasionado.

Para mejor comprensión, necesario esclarecer la causalidad y la culpabilidad, para resaltar que esas categorías conceptuales, en la dogmática de la responsabilidad patrimonial (Contractual o extracontractual, civil o estatal), guardan diferencias sustanciales, son autónomas, aunque se relacionan, pues son sus elementos axiales.

La culpa como una de las variables empleada como fundamento²⁸, se refiere a la valoración subjetiva de una conducta²⁹⁻³⁰, mientras que la causalidad a la constatación objetiva de una relación natural o fenoménica de causa-efecto, o con las palabras del insigne maestro Adriano De Cupis³¹: “(...) *es el nexo etiológico material (es decir, objetivo o externo) que liga un fenómeno a otro, que en cuanto concierne al daño, constituye el factor de su imputación material al sujeto humano (...)*”. La causalidad ha sido de los temas más complejos de estudiar en la responsabilidad patrimonial, como enseña la literatura especializada (2020)³², tanto en los sistemas del *common law* y como de *civil law* (2021)³³.

²⁶ TS. Pereira. Sentencias: (i) SC-0001-2021 del 26-01-2021; (ii) 01-06-2020, No.2017-00190-01; y, (iii) 04-08-2020, No.2014-00224-01.

²⁷ PANTOJA B., Jorge. Derecho de daños, el daño a la salud, Uniacademia Leyer, Bogotá, 2016, p.565.

²⁸ PRÉVOT, Juan M. La obligación de seguridad, 2ª edición, Bogotá DC, Temis, 2012, p.84.

²⁹ SANTOS B., Jorge. Ob. cit. p.423.

³⁰ PATIÑO, Héctor. Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual, Revista de la Universidad Externado de Colombia, No.20, Colombia [En línea]. 2011 [Visitado el 2019-05-28]. Disponible en internet: www.revistas.uexternado.edu.co › Inicio › Núm. 20 (2011) › Patiño

³¹ DE CUPIS, Adriano. El daño, teoría general de la responsabilidad civil, casa editorial Bosh, Barcelona, España, 2ª traducción del italiano, 1970, p.247.

³² 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.

³³ 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 probarse³⁴, 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 (Artículos 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 italiano³⁵: “(...) *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.

En orden metodológico establecido el daño, subsigue examinar la causalidad y, finalmente, la culpabilidad. Así propone Prévôt³⁶ al afirmar: “(...) *Demostrada la producción de un daño injusto y que este ha sido causado por un sujeto, personas o cosas a su cargo, todavía es menester enunciar un juicio de valor que permita determinar si aquel sujeto debe o no responder, esto es, si existe una razón suficiente para atribuir la responsabilidad (...)*”.

Y este proceder fue precisado por la misma CSJ en 2009³⁷ 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. (...)*”.

En aras de dilucidar las categorías conceptuales en comento, útil acudir a reciente (2018)³⁸ doctrina nacional que al respecto indica:

La confusión entre causa y culpa es común en la responsabilidad civil extracontractual subjetiva, por lo que es de vital importancia

³⁴ CSJ, Civil. Sentencia del 23-06-2005, No.058-95.

³⁵ DE CUPIS, Adriano. Ob. cit., p.247.

³⁶ PRÉVOT, Juan M. Ob. cit. p.57.

³⁷ CSJ. Sentencia del 24-08-2009; MP: Namén V., No.2001-01054-01.

³⁸ CORCIONE M. María C. El nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual, En: Derecho de las obligaciones, con propuestas de modernización, tomo III, Marcela Castro de C. (Coordinadora), Bogotá DC, Universidad de los Andes, 2018, p.173-289.

resaltar que estamos ante dos momentos totalmente diferentes: primero se define qué es la causa y luego se analiza si a esa causa se le pueden imputar los resultados nocivos del daño que se ha originado por ser una conducta reprochable desde el punto de vista subjetivo; primero se presenta una imputación fáctica y luego se procede a una imputación jurídica.

Son tan diversos estos dos aspectos, que responden a preguntas diferentes. La causalidad responde a la pregunta *¿quién fue?*, mientras que la culpabilidad, como su mismo nombre lo indica, responde a la pregunta *¿quién tuvo la culpa?*.

(...)

Tenemos así dos aspectos disímiles, la causalidad busca autores mientras la culpabilidad busca responsables.

(...)

Con lo expuesto hasta aquí, podemos concluir que ser autor difiere del hecho de ser responsable. Causalidad y culpabilidad son dos estadios enteramente diferentes, aunque esta sea irrelevante cuando entre la conducta y el daño no exista como presupuesto básico la relación de causalidad. Sublínea puesta a propósito.

Son partidarios de la distinción, en el ámbito patrio el profesor Serrano E.³⁹ y en el internacional, el maestro Adriano De Cupis⁴⁰ y el doctor Juan M. Prévôt⁴¹. El primero, en su reciente obra (2020), repara que: “(...) *no pocas veces, confunden la causa con la culpa o hacen derivar la causa de la culpa, en una suerte de confusión conceptual, que le resta coherencia a la solución con respecto al esquema que dicen aplicar (...)*”. Por transparencia dialéctica debe anotarse que, en una corriente disímil a la expuesta, están los hermanos Mazeaud y Alesandri R.⁴², y otros tantos discurren sin precisión⁴³.

El nexo se determina entre conducta y daño, así pregona el órgano de cierre de la especialidad en la mayoría⁴⁴, desde hace algún tiempo (2002),

³⁹ SERRANO E. Luis G. Tratado de responsabilidad médica, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y Ley, 2020, p.313.

⁴⁰ DE CUPIS, Adriano. DE CUPIS, Adriano. Ob. cit., p.247.

⁴¹ PRÉVOT, Juan M. Ob. cit. p.51.

⁴² CORCIONE M. María C. Ob. cit., p.178.

⁴³ FERNÁNDEZ M., Mónica L. Responsabilidad médica en la especialidad civil, Módulo de aprendizaje autodirigido, EJRLB, Bogotá DC, 2019, pág.130-131.

⁴⁴ CSJ, Civil. Sentencia del 26-09-2002, MP: Santos B., No.6878.

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, (...)”. Y, en similar sentido, entiende esta Magistratura, reiteró recientemente (2018)⁴⁵, al examinar una responsabilidad médica:

Por esto, causada una lesión o menoscabo en la salud, con ese propósito, el afectado debe demostrar como elementos axiológicos integradores de la responsabilidad médica la conducta antijurídica, el daño y **la relación de causalidad entre éste y aquélla**, así como la culpabilidad, según la naturaleza de la responsabilidad (subjetiva u objetiva) o de la modalidad de las obligaciones de que se trata (de medio o de resultado). Negrilla de esta Sala.

Establecer la causalidad, no es una tarea sencilla, porque un hecho puede ser consecuencia de otro y, sin embargo, esa sola conexidad, en forma alguna implica la imposición del débito reparatorio, puesto que pueden existir otros agentes o hechos incidentes en la producción del perjuicio (Concausalidad⁴⁶ o causalidad concurrente y la coparticipación causal).

Sostiene la Alta Colegiatura, de antaño⁴⁷, en discernimiento patrocinado por la CC⁴⁸ (Criterio auxiliar) que, para establecer la causalidad, se usan a las reglas de la experiencia, los juicios de probabilidad y el sentido de razonabilidad.

En reciente decisión (2020)⁴⁹, precisó que en tal fenómeno concurren elementos fácticos y jurídicos, posición ya expuesta antes (2016⁵⁰ y 2018⁵¹); de la mano de la doctrina foránea, distinguió la causa material o física de la jurídica o de derecho⁵².

⁴⁵ CSJ. SC-003-2018.

⁴⁶ VISINTINI, Giovanna. ¿Qué es la responsabilidad civil?, fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual, Bogotá DC, Universidad del Externado de Colombia, 2015, p.323.

⁴⁷ CSJ, Civil. Sentencia del 26-09-2002; ob. cit.

⁴⁸ CC. T-609 de 2014.

⁴⁹ CSJ. SC-3348-2020.

⁵⁰ CSJ. SC-13925-2016.

⁵¹ CSJ. SC-002-2018.

⁵² LÓPEZ M., Marcelo. La responsabilidad civil médica, en el nuevo Código Civil y Comercial, derecho comparado, Buenos Aires, A. 2ª edición, 2016, p.433.

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 Quiñones⁵³, y otros de recientes obras (2020)⁵⁴ (2021)⁵⁵; en el orden foráneo Le Tourneau⁵⁶; en la misma línea los PETL (*Principios europeos en derecho de daños - Principles of european tort law*).

Ahora bien, en opinión que es doctrina probable CSJ⁵⁷, cuando el asunto requiere de conocimientos científicos o técnicos ha de acudir a las reglas particulares de la disciplina, esto es, la información técnica suministrada por quienes la practiquen, para el caso de la medicina, esa Corporación (2016)⁵⁸ así lo reiteró:

... 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 aquellos 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. Subrayado extratextual.

En armonía con lo disertado, el escrutinio del factor causal en manera alguna

⁵³ ROJAS Q., Sergio, Responsabilidad civil, la nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales, editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2014, p.270.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ BAENA A., Felisa. Ob. cit., p.12.

⁵⁶ LE TOURNEAU. Philippe. La responsabilidad civil profesional, Bogotá DC, Legis, 2ª edición, traducción de Javier Tamayo J., 2014, p.108.

⁵⁷ CSJ, Civil. Sentencias de: (i) 26-09-2002, No.6878; (ii) 15-01-2008, No.2000-67300-01; y, (iii) 09-12-2013, No.2002-00099-01.

⁵⁸ CSJ, Civil. Sentencia SC-2506-2016.

exige la constatación de una conducta culposa o dolosa: “*la culpa no es la causa*”, según el criterio explicado atrás, que desde luego hace suyo esta Colegiatura. El juicio causal consiste en la averiguación de la “(...) *necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido.*”⁵⁹, es un examen material y objetivo para determinar el autor del evento nocivo⁶⁰.

REPAROS. Como se dijo antes, el análisis siguiente será sobre los presupuestos de la causa y la culpa, según las críticas probatorias: **(i)** La carga incumbía al extremo activo, omitió traer con la demanda la prueba del nexo causal; **(ii)** El análisis del dictamen de la Clínica Shaio y los testimonios de los médicos Melquisedec Gutiérrez B. y Luis A. Angarita N., permite demostrar que no hubo error en la escogencia de la válvula y que el método intraoperatorio escogido para fijar el tamaño fue correcto; **(iii)** El seguimiento posquirúrgico fue adecuado: hubo examen que evidenció buen funcionamiento antes del egreso, si fue exitosa la cirugía como sospechar que los síntomas posteriores eran una consecuencia de ese procedimiento, tampoco eran inequívocos; y fueron diligentes las atenciones de urgencias posteriores.

RESOLUCIÓN. REPARO (i). Fracasa. Si bien la carga probatoria en este asunto es del demandante, no era obligatorio demostrarla desde la misma demanda, pues justamente esa es la finalidad de la fase instructiva del litigio, así está diseñado el proceso civil colombiano; y ni siquiera como dice la recurrente, se reduce a la culpa y causa, sino a todos los que estructuran la pretensión resarcitoria deprecada.

RESOLUCIÓN. REPAROS (ii) y (iii). *Infundados.* Contrario al querer de los impugnantes, el análisis que admite el cúmulo probatorio demuestra la responsabilidad atribuida en primera instancia. Aquí tal como explica la

⁵⁹ PIZARRO, Ramón D., Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresas, contractual y extracontractual, tomo I, editorial La Ley, 2006, p.87. Citado por ROJAS Q., Sergio, Responsabilidad civil, la nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales, editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2014, p.221 ss.

⁶⁰ CORCIONE M. María C. Ob. cit., p.178.

metodología expuesta en las premisas anteriores, se examinará la causalidad, para luego, si hay lugar, continuar con la culpabilidad.

Los peritajes recaudados. Debe tenerse presente que fueron ordenados y practicados en vigencia del CPC, por ende, su tasación queda gobernada por las reglas de este estatuto. El decreto de las pruebas, como ya se anotara, fue en el juzgado laboral con auto del 20-06-2012 (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.1, pdf. 5. CUADERNO No.1, parte 5, folios 26-32). La segunda peritación, fue dispuesta en el trámite de objeción por error grave (Procedimiento que desapareció en el CGP), formulada por los demandados, data del 23-04-2014 (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.8, folios 98-99). Finalmente, el asunto hizo tránsito de legislación el 20-09-2019, acorde con el artículo 625-b), CGP (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.1, pdf. 5. CUADERNO No.1, parte 5, folio 105).

Reclaman los impugnantes que se valore lo dicho, en el segundo de esos dictámenes, esto es, el rendido por Víctor Manuel Caicedo Ayerbe, cirujano cardiovascular, de la Fundación Clínica Shaio (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.8, folios 119-120 y 195-196); empero, tal como lo señalara la decisión cuestionada, lo cierto es que tasada esa experticia (Artículo 241, CPC), se advierte menguado su poder de persuasión, pues pese a ser emitida por un profesional en la materia, sus respuestas relucen harto escuetas, faltas de motivación y fundamentación; solo refiere las conclusiones sin dar cuenta de las explicaciones médicas y científicas en que se apoya, también, omitió aludir referencias bibliográficas.

Agréguese que, se trata del ordenado en el trámite de objeción, por lo que debía dilucidar si existieron los errores graves achacados al primer peritaje (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.8, folio 99, inciso 4º), pero de una lectura juiciosa de su contenido (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.8, folios 119-120), lo que se infiere es que se limitó a absolver los interrogantes planteados por la clínica Los Rosales SA al contestar (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.1, pdf. 4. CUADERNO No.1, parte 4, folios 143-144), de ninguna manera se hizo con miras a verificar si fueron equivocadas las respuestas del dictamen objetado, y desde luego, con

la fundamentación del caso. Así las cosas, se estima acertado haberlo excluido de los medios probatorios examinados para demostrar el tema de prueba.

Ahora, la demanda afirmó que el señor Carlos T., requirió cirugía de reemplazo de válvula aórtica, que después presentó alguna sintomatología y en la asistencia médica brindada le dijeron que no se relacionaban con aquel procedimiento; luego hallándose en los Estados Unidos, debió ser intervenido de urgencia, para salvar su vida, dado que tenía escape de sangre del corazón; le cambiaron la prótesis de la aorta, en razón a que la instalada *era de un diámetro menor a la que necesitaba*. De esa manera se sintetizó la causa.

El fallo, acorde con el dictamen rendido por Nelson Giraldo Monsalve, médico especialista en cirugía cardiovascular, de la Universidad CES (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.8, folios 32-39 y 67-73), aseguró que fue equivocada la válvula implantada, porque los exámenes prequirúrgicos dejaron de fijar el tamaño del anillo valvular, el método fue desacertado.

Sobre tales aspectos dijo el experto: **(a)** Revisada la historia clínica de la clínica Los Rosales SA, en ninguna parte de los exámenes prequirúrgicos, se habla del diámetro del anillo valvular (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.8, folio 38, respuesta 8º); **(b)** En la primera cirugía el valor del anillo medido no fue real, ello significó la implantación de una prótesis inferior al requerido. Así lo asevera con base en los estudios científicos sobre el crecimiento de la aorta; descartó como origen una severa calcificación del anillo porque produce una estenosis valvular, nunca insuficiencia; también una endocarditis bacteriana (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.8, folio 38, respuesta 6º).

Al aclarar su peritación (Ibidem, folios 67-73, respuesta 1º) indicó; **(c)** Las imágenes diagnósticas dan un valor muy real del anillo, en casos de insuficiencia valvular como este. Los cirujanos en el acto quirúrgico usan medidores calibrados en milímetros para *confirmar* el valor del anillo, previamente, descrito por los métodos de imágenes y decidir el diámetro de

la válvula a implantar. Los varios métodos se complementan unos con otros (Ibidem, folios 67-68, respuesta 1°); **(d)** Hecho el diagnóstico de la enfermedad valvular, debe hacerse un ecocardiograma que permita definir el valor del diámetro valvular, enseguida, un cateterismo cardíaco que ayuda a confirmar la patología y, finalmente, en la cirugía se establece la válvula a implantar; es la sumatoria de estos aspectos las que le aseguran al cirujano que la decisión tiene bases y soporte científico (Ibidem, folios 70-71, respuesta 1°).

También señaló con contundencia: **(e)** Cuando existe una diferencia entre el diámetro del valor del anillo entre la primera y la segunda cirugía, y en esta el tamaño es superior, *debe decirse sin equivocación que la primera medida no fue la correspondiente al diámetro real del anillo. Hubo un error humano en la primera medición* (Ibidem, folio 72, respuesta 5°).

Por otro lado, afirmó la sentencia, con sustento en ese peritaje que, al paciente, con posterioridad a su egreso de la cirugía, no se le hicieron controles y cuando consultó se omitió revisar la evolución de ese procedimiento, pese a que los síntomas podrían ser indicativos de que algo había quedado mal.

El perito especialista en cirugía cardiovascular al respecto señaló: **(i)** En el seguimiento posquirúrgico hay notas los días 19-07 y 11-08-2008 con síntomas indicativos de bajo débito cardíaco como mareo, inestabilidad en la marcha, examen neurológico normal, vértigo benigno y pérdida ocasional de la visión; en ninguno de los dos se hizo ecocardiograma para mirar el funcionamiento de la bioprótesis aórtica (Ídem, folio 34, datos tomados de la historia clínica); **(ii)** La falta de seguimiento es relevante porque el paciente presentó cuadros clínicos compatibles con insuficiencia aórtica en los meses posteriores a su primera intervención. Los síntomas se evaluaron sin comprobar que ellos fueran de origen neurológico y sin que le ordenaran exámenes de tipo ecografía cardíaca que hubiera diagnosticado tempranamente la fuga perivalvular (Ídem, folio 37, seguimiento post implante valvular en la primera cirugía).

También al aclarar manifestó: **(iii)** El mareo y la sensación vertiginosa no son exclusivos de la patología cardíaca, pero la aparición de estos en un paciente previamente operado de ella, ameritan una evaluación cardiovascular exhaustiva (Ídem, folios 68-69, respuesta 5°).

Este dictamen fue elaborado por un especialista en la materia médica específica del caso, que ejerce la docencia y es perito acreditado de la Universidad CES; el trabajo se aprecia claro en sus conclusiones y premisas, es detallado porque se esmera en fundamentar cada una de sus inferencias, está debidamente soportado con abundantes y acertadas referencias de literatura especializada, 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 241, CPC, en suma, está dotado de precisión y calidad.

Para esta Sala, según lo descrito, existe causalidad material, pues hay encadenamiento causal, al presentarse en el caso particular las siguientes condiciones, de forma concurrente y necesaria: **(i)** Insuficiencia aórtica severa; **(ii)** Valoración prequirúrgica con ecocardiograma y cateterismo cardíaco, que no dieron cuenta de las dimensiones del anillo a colocar; **(iii)** Implantación el 24-02-2008 de válvula tipo Labcor #23 (23 mm); y, **(iv)** Sintomatología compatible con problemas cardíacos, durante los días 19-07 y 11-08-2008, posteriores a la cirugía, sin verificación con ecocardiograma, a sabiendas del antecedente quirúrgico del paciente.

En aplicación del test *conditio sine qua non* (CSQN)⁶¹, se infiere la operación intelectual deductiva de supresión hipotética de alguno de estos acontecimientos, que no se elimina el daño originado: las dolencias padecidas por el paciente luego del implante de una válvula aórtica de inferiores medidas a las requeridas, ergo son su causa fáctica o naturalística.

Ahora, para completar el juicio de comprobación causal, corresponde

⁶¹ PRÉVOT, Juan M. Ob. cit. p.51.

adelantar el examen en el nivel jurídico, que en el derecho anglosajón se conoce como el *test sobre el alcance de la responsabilidad*⁶², para cuyo propósito se aplica la teoría de la causalidad adecuada, entendida como aquella que solo estima causa aquel suceso que según los criterios de normalidad o regularidad, de probabilidad y, explica en forma adecuada o idónea el resultado nocivo; ahora, y como el caso presente pertenece a la ciencia médica, son sus parámetros propios los que permiten encontrarla.

Para la respectiva averiguación, en el plano normativo se acude a la previsibilidad implícita en la probabilidad, mas para esquivar el solapamiento con la culpa, se analiza de forma específica en relación con la víctima y el daño ocurrido⁶³; así las cosas, cuando el acontecimiento resulta imprevisible, esto es, que no se puede conocer con anticipación, ni con indicios o señales de que va a ocurrir, el corolario es la inexistencia de la causa de derecho.

En este caso, el trabajo pericial tantas veces referido, afirmó que el señor Carlos T. presentó una dehiscencia de la sutura de la bioprótesis implantada en la clínica los Rosales SA, como consecuencia de la colocación de una válvula inferior al anillo real del paciente, y no le hicieron un seguimiento cardio y ecocardiológico para diagnosticar de manera precoz esta dehiscencia valvular (Ib., folio 37, ecografía postoperatoria practicada después de la primera cirugía).

Y de acuerdo con lo sintetizado líneas atrás, el cálculo errado del tamaño de la válvula era cuestión evitable o previsible con la realización de otros exámenes previos y complementarios, sumados a las mediciones hechas durante el acto quirúrgico (Intraoperatorio). Además, también resultaba previsible según la ciencia médica que, con un control posquirúrgico con ecocardiograma, se estableciera con la sintomatología del paciente, la instalación deficiente de la válvula, para adoptar los correctivos a tiempo, sin que el señor Aponte M. se afectara en su salud.

⁶² BAENA A., Felisa. Ob. cit., p.61.

⁶³ BAENA A., Felisa. Ob. cit., p.68.

Así las cosas, forzoso es concluir que, también hay causalidad jurídica; pues sin duda alguna, si se hubiesen hecho los exámenes previos a la cirugía para fijar la medida de la válvula y luego realizar controles atendiendo las manifestaciones sintomatológicas del paciente compatibles con la insipiente cardíaca, advenían improbables los padecimientos del señor Carlos T.; y, sobre todo, con acatamiento de lo primero se hubiere evitado la segunda cirugía.

De cara a la culpabilidad, necesario memorar que, el diagnóstico (Artículos 10º y 12º, Ley 23 de 1981) es la fase encaminada a determinar el cuadro clínico del paciente, en concreto para precisar la patología que padece, así lo define el profesor Jaramillo J., en su obra⁶⁴; se considera uno de los actos médicos más relevantes en la práctica de la medicina porque a partir de él, se diseña el tratamiento a seguir⁶⁵, para tal propósito el galeno realizará el examen físico, con la práctica de ayudas diagnósticas e incluso con procedimientos exploratorios.

Puede acaecer sin embargo, que en ese proceso, se evidencie un diagnóstico diferencial, pues la sintomatología que sufre el enfermo puede encuadrar en dos o más esquemas científicos que el profesional debe tener en mente como hipótesis, de allí la importancia de tomar en cuenta la información que brinda el estado de la persona en tratamiento, durante un tiempo adecuado, que permita observar el progreso de las condiciones de salud del paciente, de manera que pueda ajustar los juicios de diagnóstico a dicha evolución⁶⁶.

Planteado lo anterior, indispensable señalar que el tema de prueba⁶⁷ frente al “*error de diagnóstico*” debe girar en torno a si los médicos agotaron todos los medios de que disponían y aconsejaba la *lex artis ad hoc* al realizarlo, así

⁶⁴ JARAMILLO J., Carlos I. Responsabilidad civil médica, relación médico paciente, 2ª edición, editorial Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, Bogotá DC, 2011, p.73.

⁶⁵ YEPES R., Sergio. La responsabilidad civil médica, Biblioteca jurídica Diké, edición 9ª, 2016, Medellín, p.124.

⁶⁶ DUQUE O, Alberto L. Tema de la prueba en la responsabilidad médica, editorial Universidad CES y Diké, Medellín, A., 2014, p.159.

⁶⁷ DUQUE O., Ob. cit., p.169.

como si se hallaba fundado en la totalidad de los estudios y exámenes especializados requeridos en el caso (Paraclínicos o especializados).

De esa manera, podrá ponderarse si la propedéutica fue la adecuada, y de no serlo el yerro ha de ser calificado como “*inexcusable*”, para imputar jurídicamente responsabilidad civil. Sin tener parámetros de comparación, ante la ausencia de probanzas de ese talante, es poco plausible atribuir un inadecuado diagnóstico, que por supuesto patentiza una deficiente atención.

En el caso concreto el juicio de reproche culpabilístico se edifica sobre el desacato de la *lex artix* que mandaba los exámenes omitidos, antes de la primera cirugía y posteriores a la implantación, pues al presentar luego de ese acto quirúrgico síntomas relacionados con los antecedentes del paciente, estos eran indicativos de problemas cardiacos; todo lo cual, configura el error o inadecuado tratamiento médico del personal sanitario que asistió al señor Carlos T.

De ello dan cuenta las diferentes afirmaciones de la experticia de la Universidad CES; y, con mayor contundencia si se quiere, cuando al aclarar señaló: “(...) *En el reemplazo valvular aórtico por insuficiencia de la válvula sin factores de riesgo (...) el error humano es el único factor de riesgo para implantar una válvula que no corresponde al diámetro del anillo valvular (...)*” (Ib., folio 71, respuesta 4º), y, enseguida, manifestó: “(...) *En este caso se puede decir que hubo un error humano en la primera medición (...)*” (Ib., folio 72, respuesta 5º) (Ambas subrayas fuera de texto).

Ahora, los apelantes insisten que: (i) No hubo error en la escogencia de la válvula; (ii) El método intraoperatorio escogido para fijar el tamaño fue correcto; y, (iii) El seguimiento postoperatorio fue adecuado; aseveraciones que apoyan, de un lado, en el dictamen de la Fundación Clínica Shaio, y de otro, en las atestaciones de los médicos Melquisedec Gutiérrez B. y Luis A. Angarita N. (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.5, folios 2-8). Empero, el primero de esos medios de prueba, como ya se dijo quedó excluido de tasación.

Frente a las deponencias, necesario decir, que se trata de testigos técnicos, por ser quienes atendieron directamente al paciente, según la ilustración académica que puede consultarse en las obras de los profesores Devis E.⁶⁸, Serrano E.⁶⁹, Bermúdez M.⁷⁰ o Rojas G.⁷¹, referida en extenso en decisiones precedentes de esta misma Sala⁷² y en la jurisprudencia de la CSJ (2020⁷³).

No obstante, al apreciar sus dichos, frente al tamaño de la válvula y el método solamente señalaron que se hizo en la cirugía conforme la superficie corporal del enfermo, siguiendo estándares, pero sin más explicaciones o fundamentación sobre cuáles eran los protocolos, qué recomendaban para esa escogencia; y frente al seguimiento, el doctor Angarita N. dijo que, aunque fue su paciente, después del 11-03-2008 no lo volvió a atender y el doctor Gutiérrez B., que solo lo asistió en la cirugía.

En suma, son relatos insuficientes como para desestimar las conclusiones de la experticia detallada, que se itera, fue clara, detallada, coherente, con fundamentación suficiente y soportada en la literatura médica especializada y pertinente.

Finalmente, los impugnantes insistieron en que al paciente le hicieron pruebas que evidenciaron buen funcionamiento de la válvula, antes del egreso y el 08-03-2008; sin embargo, ello no es tan cierto, acorde con una de las conclusiones del perito doctor Giraldo Monsalve (Universidad CES), cuando señala:

ECOGRAFÍA POST OPERATORIA PRACTICADA DESPUÉS DE LA PRIMERA CIRUGÍA. En ella se describe una válvula normofuncionante basado en una apertura y cierre normales. Se

⁶⁸ DEVIS E., Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo segundo, 5ª edición, Bogotá DC, Temis, 2006, p.65.

⁶⁹ SERRANO E., Luis G. Tratado de responsabilidad médica, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2020, p.703 ss.

⁷⁰ BERMÚDEZ M., Martín. Del dictamen judicial al dictamen de parte, 2ª edición, Bogotá DC, Legis SA, 2016, p.110.

⁷¹ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo III, pruebas civiles, ESAJU, Bogotá DC, 2015, p.364.

⁷² Entre otras las sentencias de: (i) 01-11-2016, No.2012-00290-01; (ii) 14-06-2017, No.2012-00262-01; (iii) 23-08-2018, No.2012-00291-01; y, (iv) 03-02-2021, No.2015-00262-01.

⁷³ CSJ. SC-5186-2020 y SC-9193-2017.

dice además que existía un gradiente transvalvular pico de 31 mm y medio de 18. La velocidad de flujo transvalvular se midió en 2.81 m/seg. Estos datos debieron haber hecho pensar que un seguimiento de la válvula debía hacer más temprano de lo usual (Subrayas extratextuales) (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.8, folio 37).

Adicionalmente, refirió que la dehiscencia perivalvular, ocurrida al señor Aponte M., aparece en la mayoría de los casos dentro de los seis (6) meses tras la implantación de la prótesis (Ídem, folio 37, primer párrafo), por lo que los resultados positivos obtenidos en los días, inmediatamente, posteriores a la cirugía, que se itera eran igual sospechosos, no eran absolutos y de allí la necesidad de unos controles efectivos, que en este caso dejaron de hacerse.

Corolario de lo expuesto, sin duda se demostraron todos los elementos de la responsabilidad civil médica endilgada, tal y como lo concluyera la decisión impugnada.

RESOLUCIÓN. REPARO (iv). *Prospera parcialmente.* Con base en la condena a la entidad llamante, la aseguradora por razón de la póliza que las ata, debe cubrir hasta el límite de cobertura; pero dicho pago debe realizarse a esta y no, directamente, al actor. Ningún cuestionamiento hay sobre la existencia del contrato y la obligación de responder.

Ahora, se disiente de la decisión cuestionada, en cuanto sin motivación alguna, ordenó que el valor que debía cubrir la aseguradora sería entregado al señor Carlos T. y no a la IPS que la citó; pues, entre el paciente y esa compañía es inexistente alguna relación jurídica, que se haya hecho valer en este asunto, y ello impide que se dé la forma de pago ordenada en el fallo. De esta manera razonó, hace algún tiempo, la CSJ⁷⁴:

... el reembolso dispuesto a cargo de las llamadas en garantía, se efectuará a la citante y condenada a indemnizar, más no directamente de aquéllas a los promotores del litigio, a menos que entre tales intervinientes procesales decidan algo distinto.

⁷⁴ CSJ. SC15996-2020

Lo primero, porque las relaciones jurídicas entre los accionantes y la demandada, son distintas a las de aquéllos y la llamada en garantía, pues entre tales participantes no existe nexo que permita ordenar el pago *per saltum*, es decir, de dichas aseguradoras a los iniciadores del proceso, como sí lo hay entre la convocada y su llamada en garantía, solo que por economía procesal es admisible la pretensión de regreso de aquella a ésta.

No obstante, el promotor del juicio, también es autorizado por el artículo 1133 del Estatuto Mercantil para ejercer la «*acción directa contra el asegurador*», facultad no desplegada en este asunto.

Así las cosas, le asiste razón a la impugnante en cuanto que esa cobertura debe ser bajo la modalidad de reembolso a la IPS que la llamó y ante esta, por supuesto, habrá de aplicarse el deducible del 15% acordado al suscribir la póliza sobre el monto límite asegurado, esto es, sobre \$20.000.000. En consecuencia, se modificará el ordinal 5° del fallo.

RESOLUCIÓN. REPARO (v). *Triunfa.* En virtud a la relación contractual acreditada entre la EPS y la IPS, no solo procedía el llamamiento en garantía que aquella formuló a esta y que desestimó el fallo, sino que debe resolverse sobre esa relación sustancial, con estribo en el clausulado convenido.

En efecto, revisado el convenio suscrito en estas entidades, lo cierto es que la clínica Los Rosales SA, se comprometió con Coomeva EPS SA, a asumir los perjuicios que se causaran a los afiliados (Cotizantes y beneficiarios) de esta, en la prestación de los servicios de salud, sin dudas, ese es el entendimiento que emerge de la cláusula novena del contrato que señala:

RESPONSABILIDAD DE EL CONTRATISTA: EL CONTRATISTA prestará los servicios de salud a los afiliados de **COOMEVA EPS SA** con plena autonomía científica, técnica y administrativa; para ellos observará las normas legales vigentes, las políticas y procedimientos que establezca el Estado y las que contractualmente defina **COOMEVA EPS SA** en acatamiento de aquellas. En consecuencia, EL CONTRATISTA asume en forma total y exclusiva los perjuicios que se puedan generar a los afiliados cotizantes y sus beneficiarios de COOMEVA EPS SA, al igual que la responsabilidad que se derive por la calidad e idoneidad de los servicios de salud que preste, así como la responsabilidad que pueda derivarse de la falta de oportunidad en la remisión de los afiliados,

los actos u omisiones, tanto del personal médico y paramédico a los cuales encomiende la prestación de servicios de salud, como de su personal administrativo (Resaltado propio de esta decisión) (Carpeta 1ª instancia, cuaderno No.1, pdf.4. CUADERNO No. 1, parte 4, folio 58).

En esas condiciones, y sin que pueda desconocerse la solidaridad que por disposición legal existe entre ellas, está facultada la EPS para recobrar a la IPS, las sumas que con ocasión de la condena aquí impuesta deba asumir.

7. LAS DECISIONES FINALES

Las premisas jurídicas ya enunciadas sirven para: **(i)** Confirmar parcialmente la decisión por razones diferentes, salvo el ordinal 5º que se modificará, en lo atinente al reembolso de la aseguradora; y, se complementará para facultar a la EPS para recobrar a la IPS los valores que deba asumir por la condena impuesta; **(ii)** Se condenará en costas a la IPS demandada, al fracasar su alzada y, se absolverán de esa condena a la llamada en garantía y a la EPS, al no confirmarse integralmente las órdenes en su contra (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 CSJ⁷⁵ (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 y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

⁷⁵ CSJ. STC-8528 y STC-6952-2017.

1. CONFIRMAR la sentencia del **17-02-2020** del Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía, R., excepto el numeral 5º que se **modifica** para establecer que la compañía Seguros del Estado SA deberá reintegrar a la clínica Los Rosales SA el pago efectuado por ella, al señor Carlos T. Aponte M., hasta el límite asegurado (\$20.000.000) y atendiendo el deducible pactado (15%); también, se **complementa**, para facultar a Coomeva EPS SA, el recobro a la clínica Los Rosales SA, las sumas que con ocasión de la condena aquí impuesta deba asumir.
2. CONDENAR en costas en esta instancia, a la IPS demandada, y a favor de la parte demandante. Se liquidarán en primera instancia y la fijación de agencias de esta sede, se hará en auto posterior.
3. ABSOLVER a la compañía aseguradora y EPS demandada, de condena en costas en esta sede.
4. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

MAGISTRADO

EDDER J. SÁNCHEZ C.

MAGISTRADO

JAIME A. SARAZA NARANJO

MAGISTRADO

DGH / DGD / 2021

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

18-06-2021

CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO
SECRETARIO

Firmado Por:

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

- -

EDDER JIMMY SANCHEZ CALAMBAS
MAGISTRADO

- -

JAIME ALBERTO ZARAZA NARANJO
MAGISTRADO

- -

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

Código de verificación:

af748a19b6477304ddbedddc3d6697e2769904a5b5a4fd4db356992c4f7fd43

7

Documento generado en 17/06/2021 10:16:17 AM