

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo  
Pereira, Agosto once de dos mil veintiuno  
Expediente: 66001310300220130018001  
Proceso: Responsabilidad médica  
Demandante: Óscar Fernando Montoya Palacio  
Demandado: Comfamiliar Risaralda  
EPS Servicio Occidental de Salud SOS  
Ricardo Valdés Rendón  
Recurrente: Parte demandante  
Acta No.: 367 del 9 de agosto de 2021  
Sentencia N°: TSP.SC-0063-2021

Resuelve la Sala el recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia del 23 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía (Risaralda) Primero Civil del Circuito de Pereira, en este proceso de responsabilidad médica que **Óscar Fernando Montoya Palacio** inició frente a la **Caja de Compensación Familiar de Risaralda - Comfamiliar Risaralda-**, la **EPS Servicio Occidental de Salud SOS**, y el médico **Ricardo Valdés Rendón**, al que fue llamada en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

## **1. ANTECEDENTES**

### **1.1. Hechos.**

La demanda (p. 4, c. ppal.), relata que Óscar Fernando

Montoya Palacios sufrió un trauma en su ojo izquierdo, el día 30 de diciembre de 2006, a eso de las diez de la mañana, y fue atendido de urgencia en la Clínica Comfamiliar de Cartago desde donde, debido a la gravedad de la lesión, fue remitido a su homóloga en Pereira; aquí fue tardíamente atendido a las ocho de la noche por el médico Ricardo Valdés Rendón quien ordenó varios exámenes, entre ellos una ecografía que solo le tomaron al día siguiente, y permitió diagnosticar una hemorragia vítrea que requería intervención quirúrgica sin dilación, que fue imposible de realizar en Comfamiliar, porque los equipos estaban dañados.

Ni el médico, ni el centro asistencial se preocuparon por su atención adecuada, más bien, el primero le ofreció sus servicios particulares. Tres días después, debió obtener una cita en el Instituto para niños Ciegos y Sordos en Cali, y allí se enteró de la negligencia con la que habían obrado en Pereira al no remitirlo de inmediato para evitar la pérdida del ojo. Allí fue intervenido, pero el resultado fue negativo.

Con todo ello, dice, se le causaron perjuicios materiales y extrapatrimoniales.

### **1.2. Pretensiones.**

Pidió. En consecuencia, que se declarara a los demandados contractualmente responsables y se les condenara a pagarle los perjuicios de índole patrimonial y extrapatrimonial que le fueron infligidos, cuantificados en el libelo inicial.

### **1.3. Trámite.**

Inicialmente presentada la demanda ante un Juzgado laboral (p. 50, c. 1, t. 1), fue inadmitida (p. 53), y una vez corregida se

admitió (p 61).

Los demandados se pronunciaron en este orden:

Comfamiliar Risaralda (p. 85 ib.) aludió a los hechos, objetó las pretensiones y, como defensa, esgrimió las excepciones que nominó (i) "inexistencia de nexo causal, que exime de responsabilidad"; (ii) "inexistencia de causalidad médico legal, que exime de responsabilidad"; y la que se suele llamar (iii) "genérica".

Además, en escrito separado, llamó en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros (p. 114 ib.), con apoyo en el contrato de seguros representado en la póliza 1001368.

El médico Ricardo Valdés Rendón, por medio de apoderado (p. 155 ib.), comenzó por oponerse a lo pedido; luego se refirió a los hechos y planteó como excepciones las de: (i) "inexistencia de nexo causal físico"; (ii) "inexistencia de nexo causal jurídico"; (iii) "culpa exclusiva de la víctima o de un tercero"; (iv) "ausencia de culpa"; y (v) la "genérica".

De igual modo, llamó en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros (p. 224 ib. ), con soporte en el contrato contenido en la póliza 1001715.

La EPS Servicio Occidental de Salud S.A. S.O.S. en su respuesta (p. 261 ib.), contestó los hechos, se opuso a todo lo pedido y excepcionó: (i) "inexistencia de nexo de causalidad"; (ii) "culpa exclusiva de la víctima"; (iii) "inexistencia de pérdida de oportunidad"; (iv) "cumplimiento contractual por parte de la entidad promotora de salud Servicio Occidental de Salud S.A. SOS EPS – SOS S.A. con el paciente Oscar Fernando Montoya Palacio. Inexistencia de prueba de incumplimiento contractual"; (v) "inexistencia de culpa"; (vi)

“inexistencia de solidaridad contractual entre los codemandados”; (vii) “inexistencia de prueba de los elementos estructurantes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual médica por parte del demandante”; y las (viii) “declarables de oficio”.

Por separado propuso la excepción previa de falta de competencia (p. 344 ib.)

La aseguradora (p. 23, c. 1, t. 2) se pronunció sobre los hechos de la demanda y del llamamiento que hizo la Clínica; resistió las pretensiones de aquella y su convocatoria; y adujo como excepciones: (i) “inexistencia de la obligación de indemnizar por parte de La Previsora S.A. Compañía de Seguros, por ausencia de falla en el servicio de nuestro llamante”; (ii) “límite de responsabilidad de la llamada en garantía, respecto del valor asegurado”; (iii) “límite del valor asegurado para perjuicios extrapatrimoniales”; (iv) “condiciones generales y exclusiones de la póliza”.

En la audiencia que indica el artículo 77 del CPTySS (p. 74 ib.), se despachó desfavorablemente la excepción previa y se culminó con el decreto de pruebas que, en el caso del demandante, se contrajeron a la documental allegada y a la solicitud de envío de la historia clínica, aunque luego se complementó con una prueba testimonial (p. 97 ib.).

Continuó la práctica de pruebas y el expediente pasó al Juzgado Tercero Laboral del Circuito Adjunto No. 1 (p. 126 ib.); luego, por la vigencia del artículo 625 del CGP, se envió a los jueces civiles y le correspondió al Tercero Civil del Circuito (p. 173, ib.); posteriormente, fue remitido por redistribución al Juzgado Primero Civil del Circuito (p. 323) y, finalmente, por descongestión para sentencia, se ocupó de él el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía (p. 393, ib.), donde se dictó el fallo.

**1.4. La sentencia de primer grado** (CD folio 660, 1:21:55).

Negó las pretensiones de la demanda, por cuanto no halló prueba de la culpa ni del nexo causal entre la inoportuna atención al paciente y el daño que al final experimentó, que fue la pérdida de la visión por su ojo izquierdo.

#### **1.5. El recurso de apelación.**

Fue interpuesto en la misma audiencia por la parte demandante; los reparos concretos fueron presentados por escrito (p. 405, c. 1, t. 2) y luego sustentados en esta sede con más amplitud (arch. 11). Más adelante se aludirá a esos argumentos.

El traslado de la sustentación fue descorrido por los demandados (arch. 19, 21, 25, c. 2ª instancia), que pidieron que se confirmara el fallo.

## **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.

2.2. La legitimación en la causa es clara. Por activa la tiene el demandante Óscar Fernando Montoya Palacios en su deprecada condición de víctima directa; y por pasiva la EPS Servicio Occidental de Salud S.A. S.O.S. a la que está afiliado (p. 12 y 113, c. 1, parte 1), la IPS Clínica Comfamiliar Risaralda, donde fue atendido remitido por COMFANDI (p. 110, c. 1, p. 1), y el médico Ricardo Valdés

Rendón, quien lo valoró como especialista (p. 112, c1, p.1). A todos ellos se les imputa el daño.

2.3. Se trata, en este caso, de una responsabilidad contractual, que el demandante hace derivar de la deficiente atención que recibió de los demandados, por la época del 30 de diciembre de 2006 y los días siguientes, que, dice, conllevó la pérdida de la visión por el ojo izquierdo.

2.4. Corresponde a la Sala definir si confirma el fallo de primera instancia que negó las pretensiones, pues halló carente de prueba el nexo causal, como elemento de la responsabilidad impetrada; o si la revoca, como pretende el demandante, porque estaban dados todos los requisitos para la prosperidad de lo pedido.

2.5. Ello se hará, teniendo en cuenta 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 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 impugnativa, como ha sido reconocido por esta Sala de tiempo atrás<sup>1</sup> y lo han reiterado otras<sup>2</sup>, con soporte en decisiones de la Corte, unas de tutela<sup>3</sup>, que se acogen como criterio auxiliar, y otras de casación<sup>4</sup>.

2.6. Para abordar lo que es materia de disenso,

---

<sup>1</sup> Sentencia del 19 de junio de 2018, radicado 2011-00193-01.

<sup>2</sup> Sentencia del 19 de junio de 2020, radicado 2019-00046-01, M.P. Duberney Grisales Herrera.

<sup>3</sup> STC9587-2017, STC15273-2019, STC11328-2019 y STC100-2019

<sup>4</sup> SC2351-2019.

brevemente se recuerda que esta Corporación ha sostenido<sup>5</sup> 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 el hecho y el daño; 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 distinciones de nacionalidad, no de orden económico-social, racial, político y 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. 1º, Ley 23 de 1981). En virtud de ello, un deber 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.

---

<sup>5</sup> 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; 18-09-18, radicado 2015-00689-01; 18-12-2020, radicado 2012-00241-04; TSP.SC-0029-2021, entre otras.

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<sup>6</sup>.

En este punto es preciso memorar, como de tiempo atrás se hizo por esta misma Sala<sup>7</sup> y lo ha seguido reiterando<sup>8</sup>, que se 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 decisiones se refirió más precisamente, a una regla de aportación o suministro de pruebas, a la luz del artículo 167 del CGP, y señaló 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 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"*.

---

<sup>6</sup> Sentencia de 17 de noviembre de 2011, Referencia: 111001-3103-018-1999-00533-01, 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.

<sup>7</sup> Sentencia del 18 de septiembre de 2018, radicado 2015-00689-01

<sup>8</sup> TSP.SC-0029-2021

(Sentencia SC9193-2017, de junio 28 de 2017, M.P. Ariel Salazar Ramírez)<sup>9</sup>.

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 arrió 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."*

2.7. También se reliva 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.

---

<sup>9</sup> Cuestión a la que alude también la reciente sentencia SC3367-2020 citada

Así se ha dicho por esta Corporación, por ejemplo en la sentencia del 30 de julio de 2018, radicado 2016-00149-01<sup>10</sup>, 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 Ariel Salazar Ramírez, en la que abordó 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...”.

2.8. De igual manera, se ha sostenido<sup>11</sup> que ni siquiera, por regla general, la historia clínica es suficiente para acreditar la mala praxis del médico; se necesita más que eso para establecer que lo que

---

<sup>10</sup> También se señaló así en la sentencia del 18 de diciembre de 2020, radicado 2012-00241-04 y en la TSP.SC-0029-2021, para citar las más recientes.

<sup>11</sup> Tribunal Superior de Pereira, Sala Civil-Familia, sentencia del 13 de marzo de 2019, radicado 66001310300420170006301, M.P. Jaime Alberto Saraza Naranjo y en la citada TSP.SC-0029-2021,

allí se consigna es contrario a lo que aconseja el devenir clínico para un caso concreto. Por ello, retomando la importancia de la prueba técnica, y haciendo alusión a la historia clínica, dijo también la máxima Corporación, en la sentencia SC003-2018, del 12 de enero de ese año, con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, que:

No obstante, denunciándose mal apreciada la prueba documental, únicamente, contentiva de las historias clínicas, de las fórmulas médicas y de la guía de manejo de eventos de cefalea, debe seguirse, a tono con lo señalado por el *ad-quem*, que en el proceso efectivamente no existía ningún medio distinto, dirigido a determinar si la atención médica brindada a la señora Blanca Margarita Rojas Carreño, durante su paso por las entidades demandadas, el 21 y 22 de mayo de 2003, estuvo conforme a la *lex artis*.

En otras palabras, la historia clínica, en sí misma, no revela los errores médicos imputados a los demandados. Esto, desde luego, no significa la postulación de una tarifa probatoria en materia de responsabilidad médica o de cualquier otra disciplina objeto de juzgamiento. Tratándose de asuntos médicos, cuyos conocimientos son especializados, se requiere esencialmente que las pruebas de esa modalidad demuestren la mala *praxis*.

Existiendo en la materia libertad probatoria, al ser el juez ajeno al conocimiento médico, la Corte tiene sentado que “(...) un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar (...) sobre las reglas (...) que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga (...)” (CSJ. Civil. Sentencia 183 de 26 de septiembre de 2002, expediente 6878).

Las historias clínicas y las fórmulas médicas, por lo tanto, en línea de principio, por sí, se insiste, no serían bastantes para dejar sentado con certeza los elementos de la responsabilidad de que se trata, porque sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpretara, andaría el juez a tientas en orden a determinar, según se explicó en el mismo antecedente inmediatamente citado, “(...)

*si lo que se estaba haciendo en la clínica era o no un tratamiento adecuado y pertinente según las reglas del arte (...)*”.

Así estaba dicho ya en otras ocasiones, como en las sentencias SC-2506-2016 y SC21828 de 2017.

2.9. Dicho lo anterior, al volver la vista sobre el fallo de primer grado, el juzgado concluyó, luego de revisar la prueba documental aportada, esto es, la historia clínica, los testimonios que llamó *“técnicos”* y la literatura médica que se adujo por el médico demandado, que de los elementos de la responsabilidad civil quedaron sin acreditación la culpa y el nexo causal, aunque luego adujo que se demostró una conducta negligente por parte de la EPS y de la Clínica Comfamiliar de Risaralda, porque retardaron la realización de la ecografía que fue ordenada por el galeno tratante desde el 30 de diciembre y solo tuvo ocurrencia el 2 de enero; no obstante ello, dijo, ante la ausencia de una prueba pericial y la falta de profundización en los testimonios, fue imposible determinar si esa demora fue la causa adecuada del daño, *“...es decir, si el retardo ocasionó que se demorara la cirugía o la pérdida de la visión o si se perdió una oportunidad de salvar la visión al tener un diagnóstico más oportuno, por lo que la decisión negatoria de las pretensiones debe mantenerse incólume.”*

Los reparos que el demandante le hace al fallo, ampliados en la sustentación en esta sede (p. 405, c. 1, t. 2; arch. 11, c. 2ª instancia), se hacen consistir, en compendio, en cuatro cosas, que se presentan en el orden en que serán resueltas:

(i) Está demostrado el nexo causal, pues la pérdida del ojo obedeció a la negligencia y el descuido médico, la falta de atención oportuna en la práctica de exámenes médicos que diagnosticaran la gravedad del daño, la falla por la falta de equipos para atender la urgencia, la demora manifiesta en la práctica de la

ecografía, el indicio por las festividades de fin de año que generaron descuido y negligencia en la atención médica, falta de oportunidad y alternativas otorgadas para la práctica de la ecografía inmediata que requería o traslado a otra clínica para la atención médica al paciente.

(ii) Reiteró que se trata de un caso de pérdida de oportunidad y para solucionarlo han debido aplicarse principios constitucionales y legales de "*homine, damato e in dubio pro actione*", el derecho a la verdad, justicia y reparación. Tal circunstancia se evidencia con los testimonios de quienes acompañaron al paciente, que indican el comportamiento del médico. Dicha pérdida de oportunidad, señala, se erige en un perjuicio autónomo, esto es, que no hay necesidad de demostrar el resultado de lo hipotético, sino el vínculo causal entre el hecho que produce la pérdida de oportunidad y la pérdida efectiva del derecho o daño resarcible que fue, en este caso, la pérdida de la visión.

A esto agregó que el mismo médico tratante informó al día siguiente que los equipos en la clínica, necesarios para intervenir quirúrgicamente al paciente estaban dañados, y ofreció sus servicios particulares por una suma de \$3'500.000,00.

(iii) Discute que, contrario a lo argumentado por el Juzgado, está demostrada la culpa, tanto "*intuite personae*" (sic), como institucional, por la omisión en la práctica del examen urgente de ecografía.

(iv) Hay una contradicción en la "*ratio decidendi*", porque, a pesar de que el juzgado halló probada negligencia en las demandadas por demorar la práctica de la ecografía, negó las pretensiones.

Tales embates fueron discutidos por los demandados.

La Previsora S.A. adujo que ninguna prueba se aportó para demostrar la culpa o el nexo causal. (arch. 19., c. 2ª instancia). Comfamiliar Risaralda (arch. 21 ib.), destaca lo mismo y agrega que la pérdida de oportunidad no fue una pretensión inserta en la demanda, ni hay certeza de ella en el plenario. Y el médico Ricardo Valdés Rendón (arch. 25), como los anteriores, adujo la falta de prueba de la culpa, del nexo causal y de la pregonada pérdida de oportunidad.

## 2.10. Los reparos no salen avante.

2.10.1. Para comenzar con la pérdida de oportunidad, razón le asiste a la apoderada judicial de la IPS demandada, en cuanto aduce que no fue un asunto planteado en la demanda, menos como una pretensión.

En esa medida, cobra importancia el artículo 281 del CGP que, perentoriamente manda que la sentencia esté en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que el estatuto contempla, así como con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley (prescripción, compensación y nulidad relativa).

De manera que abordar el tema de la pérdida de oportunidad, en particular bajo el entendido que tiene el demandante, plasmado en los alegatos de conclusión de primera instancia y en la sustentación de la alzada, de que se trata de un perjuicio autónomo, atentaría contra elementales reglas del debido proceso, porque no fue sobre ese tópico que se edificó el libelo y, por tanto, tampoco sobre él se estructuró la defensa de los demandados. Tanto más cuando no se trata de un tema pacífico, más bien sobre él se han planteado diversas teorías, unas que ven la pérdida de oportunidad como un daño autónomo; las que la analizan como un

tipo de perjuicio material; o las que la califican como uno de tipo extrapatrimonial; o aquellas que la mantienen en el plano de la culpabilidad o de la causalidad, según explica la doctrina<sup>12-13</sup>, sobre las que la jurisprudencia no acaba de precisar su naturaleza, si bien le ha dado tratamientos diferentes, como podría verse en las sentencias SC5686-2018 y en la SC562 de 2020.

Esto permite desestimar los dos primeros reparos propuestos, al menos en cuanto tienen que ver exclusivamente con la pérdida de oportunidad, ya que, valga acotarlo, el primero de ellos confunde el nexo causal con la culpa, cuando se trata de dos elementos diferentes de la responsabilidad, como enseguida se verá.

2.10.2. La tercera crítica que se le hace al fallo parte de considerar que la culpa del médico e institucional fue suficientemente demostrada, y ello deriva de lo que se dijo frente al primer reparo en el sentido de que la pérdida del ojo obedeció a la negligencia y el descuido médico, la falta de atención oportuna en la práctica de exámenes médicos que diagnosticaran la gravedad del daño, la falla por la falta de equipos para atender la urgencia, la demora manifiesta en la práctica de la ecografía, el indicio por las festividades de fin de año que generaron descuido y negligencia en la atención médica, falta de oportunidad y alternativas otorgadas para la práctica de la ecografía inmediata que requería o traslado a otra clínica para la atención médica al paciente

Es, justamente, en ese compendio, en el que se confunden culpa y causa, cuando son dos elementos de la responsabilidad que deben ser revisados por separado. Así se ha explicado en anteriores ocasiones, cuando se ha dejado sentado que:

---

<sup>12</sup> Plata Prince, Luis Carlos, La pérdida de oportunidad en el derecho de daños. Ibáñez, Bogotá D.C., 2019, p. 166

<sup>13</sup> Tamayo Jaramillo, Javier, Tratado de responsabilidad civil, T. I, Legis, Bogotá, 2007, p. 287: y T. II, p. 357

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 culpabilidad como una de las variables empleada como fundamento<sup>14</sup>, se refiere a la valoración subjetiva de una conducta<sup>15-16</sup>, mientras que la causalidad es la constatación objetiva de una relación natural de causa-efecto, o con las palabras del insigne maestro Adriano De Cupis<sup>17</sup>: “(...) es el *nexo etiológico material* (es decir, objetivo o externo) que liga un fenómeno a otro, que en cuanto concierne al daño, constituye el *facto de su imputación material al sujeto humano* (...).”

El elemento causal no admite presunciones y siempre debe probarse<sup>18</sup>, 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

---

<sup>14</sup> PRÉVOT, Juan M. La obligación de seguridad, 2ª edición, Bogotá DC, Temis, 2012, p.84.

<sup>15</sup> SANTOS B., Jorge. Ob. cit. p.423.

<sup>16</sup> 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](http://www.revistas.uexternado.edu.co) › Inicio › Núm. 20 (2011) › Patiño

<sup>17</sup> DE CUPIS, Adriano. El daño, teoría general de la responsabilidad civil, casa editorial Bosh, Barcelona, España, 2ª traducción del italiano, 1970, p.247.

<sup>18</sup> CSJ, Civil. Sentencia del 23-06-2005, No.058-95.

derivar el uno del otro. Afirma el citado tratadista italiano<sup>19</sup>: “(...) *la relación de causalidad no puede confundirse con la culpa. (...)*”. Y como son distintos, se revisan en estadios o momentos diferentes.<sup>20</sup>

En este caso, solo halló el juzgado acreditada una negligencia de las instituciones demandadas en la práctica de la ecografía ordenada por el médico tratante, no obstante que ya había dicho que de los elementos de la responsabilidad faltó acreditar la culpa y en nexos causal. Y a renglón seguido, dijo que no se pudo establecer, con una prueba científica, cuál fue la causa adecuada para la pérdida de la visión por el ojo izquierdo, es decir, que a la postre, fundó su decisión en la ausencia de dicho nexo, mientras que los embates del demandante se centran en elementos de atribución subjetiva, esto es en la culpa, como se anticipó.

Y en ello, el despacho no careció de razón. Recientemente, recordó la Sala de Casación Civil de la Corte<sup>21</sup> que:

Como de un tiempo a esta parte lo viene predicando la Corte, el nexo causal, distinguido como uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, cualquiera sea su naturaleza, no puede reducirse al concepto de la "*causalidad natural*" sino, más bien, ubicarse en el de la "*causalidad adecuada*" o "*imputación jurídica*", entendiéndose por tal "*el razonamiento por medio del cual se atribuye un resultado dañoso a un agente a partir de un marco de sentido jurídico*" (CSJ, SC 13925 del 30 de septiembre de 2016, Rad. n.º 2005-00174-01)

---

<sup>19</sup> DE CUPIS, Adriano. Ob. cit., p.247.

<sup>20</sup> Tribunal Superior de Pereira, Sala Civil Familia, sentencia del 4 de agosto de 2020, radicado 66001310200220140022402, M.P. Duberney Grisales Herrera.

<sup>21</sup> Sentencia SC2348-2021

Es que como en ese mismo fallo se analizó, "el objeto de la imputación -el hecho que se atribuye a un agente- generalmente no se prueba directamente[,] sino que requiere la elaboración de hipótesis inferenciales con base en probabilidades. De ahí que con cierta frecuencia se nieguen demandas de responsabilidad civil por no acreditarse en el proceso un 'nexo causal' que es difícil de demostrar porque no existe como hecho de la naturaleza, dado que la atribución de un hecho a un agente se determina a partir de la identificación de las funciones sociales y profesionales que el ordenamiento impone a las personas, sobre todo cuando se trata de probar omisiones o 'causación por medio de otro'; lo que a menudo se traduce en una exigencia de prueba diabólica que no logra solucionarse con la imposición a una de las partes de la obligación de aportación de pruebas, pues el problema no es solo de aducción de pruebas sino, principalmente, de falta de comprensión sobre cómo se debe probar la imputación y la culpabilidad" (ibidem, se subraya).

No se trata, pues, de prescindir por completo de la causalidad física o natural, sino de no reducir a ella la atribución de un resultado a su autor, en tanto que la apreciación del elemento que se comenta es mucho más compleja. Como de forma muy reciente tuvo oportunidad de explicarlo la Sala:

*Al respecto, conviene precisar que el vínculo causal es una condición necesaria para la configuración de la responsabilidad, el cual solo puede ser develado a partir de las reglas de la vida, el sentido común y la lógica de lo razonable, pues estos criterios permiten particularizar, de los antecedentes y condiciones que confluyen en la producción de un resultado, cuál de ellos tiene la categoría de causa.*

*Para tal fin, 'debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado porque no son idóneos per se para producirlo, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud' (SC, 15 en. 2008, rad. 2000-673-00-01; en el mismo sentido SC, 6 de sep. 2011, rad. 2002-00445-01 ).*

*Así las cosas, en el establecimiento del nexo causal concurren elementos facticos y jurídicos, siendo indispensable la prueba -directa o inferencial- del primero de ellos, para lograr una condena indemnizatoria.*

*El aspecto material se conoce como el juicio sine qua non y su objetivo es determinar las hechos o actuaciones que probablemente tuvieron injerencia en la producción del daño, por cuanto de faltar no sería posible su materialización. Para estos fines, se revisa el contexto material del suceso, analizado de forma retrospectiva, para establecer las causas y excluir aquellos que no guardan conexión, en términos de razonabilidad. 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 (CSJ, SC 3348 del 14 de septiembre de 2020, Rad. 2008-00337-01).*

De manera que, descendiendo al caso controvertido, fácticamente puede decirse, sin ambages, que hubo un antecedente claro que produjo el daño en el ojo del demandante, y fue el golpe directo que recibió mientras jugaba. A partir de allí, lo se dice es que fue la falta de la práctica de una ecografía, y como consecuencia de ello, la demora en la cirugía, lo que ocasionó el daño. Sin embargo,

como bien resaltó el juzgado, y se verá a continuación, ninguna de las pruebas apunta a demostrar que, jurídicamente, esa fue la causa del daño. Así que el pilar de la decisión queda incólume, porque lo que reprocha el fallo es, precisamente, la orfandad probatoria.

Y es que, con el ánimo de responder a todas las censuras que plantea el recurrente y como complemento a lo anterior, ubicados en el marco de la culpa galénica, el juzgado y el recurrente adujeron unas supuestas faltas en el comportamiento de las demandadas.

Y se dice que son supuestas, porque, a pesar de los testimonios de Rosa Elvira Montoya Palacios (p. 117 c. 1, t. 2) y Herman José López Marulanda (p. 121 ib.), que dijeron que la atención fue deficiente ya que no se tomaron los exámenes de inmediato, ni se le practicó la cirugía requerida con prontitud, a decir verdad la prueba en su conjunto fue tan deficiente en este caso, que no podía ser otro el resultado.

En primer término, está dicho que la historia clínica es, por sí misma, insuficiente para acreditar culpa o nexo causal, a menos que de ella emerja con absoluta claridad una de tales circunstancias, lo que evidentemente no ocurre en este caso. La del Instituto para Niños Ciegos y Sordos del Valle del Cauca (p. 14, c. 1, parte 1) solo da cuenta de la atención que se le brindó a Óscar Fernando Montoya el 3 de enero de 2007, pero nada refiere de las causas de la pérdida de su visión, como no fuera por el trauma recibido con una pelota de pintura. Luego, fue sometido a una vitrectomía posterior y otros procedimientos en el ojo izquierdo, pero tampoco el documento que lo refiere (p. 18 ib.) señala alguna deficiencia en el tratamiento brindado en la Clínica Comfamiliar Risaralda.

La que corresponde a la Clínica Comfandi de Cartago

(p. 16 ib.), apenas sí menciona la remisión inmediata a oftalmología. Así que de allí no puede derivar la mentada negligencia, mucho menos, la causa de la pérdida de la visión, si no es por el mismo impacto.

La de la Clínica Comfamiliar Risaralda (p. 110 ib.), enseña que el paciente fue remitido el 30 de diciembre de 2006 por Comfandi Cartago; ingresó a las 11:40 a.m., se le atendió y se hallaron mucosas rosadas, equimosis palpebral, opacidad corneal y marcado edema esclerar, se diagnosticó inicialmente traumatismo del ojo y de la órbita, fue medicado, valorado por oftalmólogo y hospitalizado, se ordenó un TAC y una ecografía, se le dio salida con las órdenes señaladas y se le citó para consulta externa de oftalmología el martes siguiente, con los resultados de ellas. El martes siguiente, era 2 de enero.

Como puede observarse, en ninguna parte de esta historia, ni en el documento de la página 17 del mismo cuaderno, en su mayor parte ilegible, pero que refiere la orden de la ecografía, hay indicación de que la misma se tuviera que tomar de manera inmediata.

Es decir, que estos documentos no revelan la necesidad de que la ecografía se tomara ese mismo día, como tampoco que haberla realizado el 2 de enero significara para el paciente la pérdida de su visión.

Ahora, el Juzgado apoyó su decisión en las versiones de Luis Humberto García Ocampo (p. 141, c. 1, parte 2) y Óscar Leonel Ramírez Ramírez (p. 145, ib.), a los que les dio el calificativo de testimonios técnicos y allí perdió de vista las condiciones que debe reunir un testigo de esa categoría. Recientemente dijo esta Sala, en la sentencia TPS.SC-0038-2021, refiriéndose al tema, que:

...Hay que destacar que esta Sala ha limitado el valor de este tipo de prueba, la del testimonio de un experto que no es técnico, porque nunca intervino en la atención del paciente, a propósito de lo cual, en reciente providencia del 15 de enero del presente año, en el radicado 2016- 00197-01, se recordó que en la sentencia SC9193-2017 la Sala de Casación Civil de la Corte hizo una distinción entre cuatro medios de prueba: el testimonio, el testimonio técnico, la prueba pericial, y lo que ahora se da en llamar los conceptos técnico científicos, que aportan expertos que acuden al proceso a dejar su impresión sobre aspectos generales, aun cuando no conozcan de los hechos motivo de investigación, ni hayan participado en los mismos.

Allí se memoró lo que esta misma Sala tuvo oportunidad de decir en providencia del 14 de noviembre de 2017, radicado 66001-31-03- 001-2003-00197-01, acerca de que tal especie admite algunos reparos, por ejemplo, que sin que deba estar precedido de solemnidad alguna, pues la Corte señaló en esa ocasión que era innecesario el juramento, pudiera ir en contravía de dictámenes periciales, o de testimonios técnicos, estos sí antecedidos de una serie de formalismos, como el juramento, la calidad del testigo o del perito, sus antecedentes personales y profesionales, para señalar solo algunos; además, para la parte contraria su contradicción se tornaría compleja, porque tratándose de asuntos científicos, técnicos o especializados, que apenas se conocerán al absolver las preguntas que se formulen, solo le queda formular interrogantes sobre un asunto que quizá el mismo apoderado judicial desconozca, lo que no ocurre con un dictamen pericial, en la medida en que su controversia puede darse con un interrogatorio al perito en la audiencia o valiéndose de otro dictamen pericial.

Sin embargo, hay que reconocer que la jurisprudencia sigue avanzando en la admisión de ese medio probatorio, y es por ello que, luego de un prolijo análisis sobre lo que denomina la literatura basura, en todo caso resaltó la Corte, en la sentencia SC5186-2020, que a estos testimonios debe dárseles un tratamiento autónomo y valorarlos conjuntamente con las demás pruebas, siguiendo las reglas de la sana crítica. Precisamente, al apreciar el testimonio de una “galena, calificada por la censura como “testigo técnico”, aclaró la alta Corporación que ella carecía “de esa adjetivación por cuanto no era médico especializada en oftalmología, faltando al criterio de idoneidad para el tema específico dictaminado que versaba sobre esa ciencia, al tenor de los criterios arriba descritos dimanantes del C. G. del P. y de la doctrina de la Sala. Además, las manifestaciones de la profesional no las refiere por haber estado presente durante el acaecimiento de los hechos. Solo emitió una impresión por referencia. Se fundamentó para el efecto en el contenido de la historia clínica de Hasyyr Marín Rivas. **Su valoración debe hacerse, sin ningún reparo, ante la libertad de medios prevista en el artículo 165 del Código General del Proceso”** (resaltado propio)...

Entonces, si esos dos deponentes no atendieron al paciente, como claramente lo advirtieron al comenzar sus intervenciones, es inadecuado calificarlos de testigos técnicos. Se trataría, simplemente, de este especial medio de prueba que menciona la jurisprudencia, con todo y los reparos que sobre él se hacen, cuyo valor de persuasión, si es que se admite la posición de la Corte, sería escaso, por cuanto se concentran en hechos que no percibieron, por un lado; por el otro, tienen como fundamento únicamente la historia clínica, y no vienen soportados en estudios científicos que permitan concluir su grado de validez, que es lo mismo que acontece con la literatura que el médico demandado trajo como

soporte de su defensa (p. 208, c. 1, parte 1), al menos la que está en castellano, porque se trajo otra en inglés (p. 193 ib.) sin traducción, con desconocimiento de lo reglado por el artículo 251 del CGP, por lo que no se puede valorar.

En todo caso, si es que se les valorara en conjunto con la historia clínica, ya que son las únicas pruebas que se trajeron al plenario, lo que hacen es ratificar que, en las condiciones en que se hallaba el paciente no era aconsejable una cirugía inmediata, tal como lo dijo el funcionario de primer grado. En cambio, contrario a lo que señala el fallo, no sirven al propósito de establecer que la posposición de la ecografía al tercer día después del incidente, se erigiera en una desatención de los deberes galénicos o administrativos. Ni los médicos, ni la doctrina traída por el demandado, que al menos en este caso se ordenó incorporarla como prueba sin reparo alguno por parte del demandante, dan cuenta de que ese examen tuviera que realizarse en forma inmediata, entre otras cosas, porque, en eso sí coinciden, la intervención quirúrgica solo podría llevarse a cabo pasados unos días. Adicionalmente, no vio el Juzgado, si es que quería darle valor a esos testimonios, que ambos coincidieron en señalar que la atención, el tratamiento y la cirugía, fueron oportunos en este caso.

Todo esto, se repite, se quedaría en el umbral de la culpa, cuando el fallo echó de menos el nexo causal, y para establecerlo es que se mostraba bastante importante la prueba técnica, concretamente un dictamen pericial que fue solicitado por todas las partes y el juzgado luego insistió en su práctica de oficio, pero los demandados desistieron de los que habían pedido, y lo que el juzgado quería averiguar tampoco se logró, por cuanto no hubo la más mínima colaboración para ello del propio demandante.

En efecto, la EPS desistió de la prueba (p. 148, c. 1, parte 2) y se le aceptó (p. 149); sin embargo, el juzgado insistió, de oficio,

en el dictamen ordenado, para determinar si la atención fue adecuada y correspondiente; a partir de allí, fueron múltiples las situaciones que se dieron, como podría verificarse en las actuaciones que hacen las páginas 152, 157, 159, 163, 164, 167, 173, 234, 235, 241, 242, 245, 250, 251, 167, 306, 310, 312, 316, y 317. En marzo de 2015 el expediente fue enviado por competencia al Juzgado Primero Civil del Circuito (p. 323) y solo el 2 de febrero de 2017 el demandante requirió que se llevara a cabo la prueba (p. 329), así se dispuso por el juzgado que, después de conocer el costo (p. 337) ordenó el pago proporcional a los demandados y al demandante (p.352); aquellos lo hicieron, pero no el demandante, a pesar del requerimiento que se le hizo (p. 376), así que se tuvo por desistida la prueba por parte suya, aunque era de oficio, como también por parte de los demandados, ya que no asumieron el costo que incumbía al accionante y se acudió al restante material probatorio.

Es fácil colegir, entonces, que la desidia en la aportación de la prueba necesaria para descubrir la causa del daño, fue manifiesta por parte del demandante, con lo cual, la conclusión del funcionario de primer grado no podía ser otra, dado que, se insiste en ello, ni de la historia clínica traída, ni de los otros elementos de convicción que tuvo en cuenta, podía deducirse algo diferente a que lo que provocó el mismo fue el golpe severo que sufrió el paciente y no la ausencia de una ecografía en las primeras horas de evolución de la lesión.

1.1. Viene de lo dicho que ninguno de los reparos tiene la virtud para quebrar el fallo de primer grado, con lo que será prohijado. Las costas en esta instancia, serán a cargo del recurrente y a favor de la demandada, por estar previsto así en el artículo 365-1 del CGP. Ellas se liquidarán en primera instancia, de manera concentrada, siguiendo las reglas del artículo 366 ibidem. Para tal fin, en auto separado, se fijarán las agencias en derecho.

### 3. DECISIÓN.

En armonía con lo dicho, esta Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia del 23 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía (Risaralda) Primero Civil del Circuito de Pereira, en este proceso de responsabilidad médica que **Óscar Fernando Montoya Palacio** inició frente a la **Caja de Compensación Familiar de Risaralda -Comfamiliar Risaralda-**, la **EPS Servicio Occidental de Salud SOS**, y el médico **Ricardo Valdés Rendón**, al que fue llamada en garantía La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

Costas en esta sede a cargo del recurrente y a favor de los demandados. Se liquidarán en la forma indicada.

Notifíquese,

Los Magistrados,

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**Firmado Por:**

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

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

**Carlos Mauricio Garcia Barajas  
Magistrado  
Sala 002 Civil Familia  
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

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

Código de verificación:

**d9f0b6a1a6390c5ce68fa44fb7fe6095bd73c05cecace0ca4c6c743  
08997bd2e**

Documento generado en 11/08/2021 03:18:48 p. m.