



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-0076-2021

ASUNTO	: SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO
TIPO DE PROCESO	: ORDINARIO – RESPONSABILIDAD MÉDICA
DEMANDANTES	: LUZ MARY MARÍN BUITRAGO Y OTROS
DEMANDADAS	: SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN Y OTROS
PROCEDENCIA	: JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA
RADICACIÓN	: 66001-31-03-005- 2017-00147-01
TEMAS	: CARGA PROBATORIA – HISTORIA CLÍNICA - PERITAJE
Mag. Ponente	: DUBERNEY GRISALES HERRERA
APROBADA EN SESIÓN	: 519 DE 27-10-2021

VEINTISIETE (27) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

El recurso vertical propuesto por la parte actora, contra la sentencia emitida el día **16-10-2020** (Recibido de reparto el día 23-11-2020), con la que se definió el litigio en primer grado, de acuerdo con las explicaciones que siguen.

2. LA SÍNTESIS DE LA DEMANDA

2.1. LOS HECHOS RELEVANTES. Doña Luz M. Marín B., afiliada como cotizante a la EPS Saludcoop, sufrió caída desde su propia altura el 15-09-2013 a las 4:53 am, acudió al servicio de urgencias de la clínica Saludcoop, donde atendida se ordena rayos X y luego el médico general diagnostica fractura de epífisis distal de radio e inmoviliza con férula posterior; y, el 21-09-2013, el

ortopedista realizó cirugía de reducción abierta con fijación de fractura intraarticular de mano izquierda, sin descripción de complicación.

Posteriormente el día 03-04-2014, el especialista practica reducción abierta de fractura en diáfisis de cúbito y radio con fijación interna, porque: “(...) la paciente tiene sin unión de hueso (Sic) (...)”, no refirió el consentimiento informado ni futuras complicaciones; y, el 06-05-2014, retiró los puntos de sutura y ordenó terapias, sin contar con radiografía, describir el examen físico y referir anteriores consultas de urgencia, por dolor intenso. De esta cirugía se derivan las secuelas irreversibles, cuando cursaba sintomatología de lesión de nervio.

En el examen físico del 10-06-2014, la fisioterapeuta advirtió atrofia de músculos y limitación de movimiento de la muñeca y sus falanges; el 25-07-2014, se practicaron “*electromiografía*” y “*neuroconducción*”, y se confirmó lesión nerviosa; sin embargo, el ortopedista dispuso continuar con la terapia física.

El 01-09-2014, el neurocirujano, diagnosticó lesión del nervio periférico postoperatorio, dispuso exámenes y el “*bloqueo seriado del nervio mediano #3*”, entre otras órdenes. El 16-10-2014, se determinó una “*alonneurodistrofia*” y se ordenaron valoraciones por medicina del dolor y fisiatría; y, finalmente, el 29-12-2014, la fisiatra verificó la rigidez de la muñeca, pese a sesenta terapias realizadas, y concluyó que es una secuela definitiva [Cuaderno No.1, pdf “(...) *Principal, Parte 1*”, folios 23-48].

2.2. LAS PRETENSIONES. (i) Declarar “*administrativa, civil y patrimonialmente*” (Sic), responsables a las demandadas; (ii) Condenar a pagar los perjuicios materiales (Lucro cesante - futuro y consolidado), morales y a la vida de relación, ocasionados a los demandantes; (iii) Indexar los perjuicios; (iv) Pagar intereses moratorios; y, (v) Condenar en costas [Cuaderno No.1, pdf “(...) *Principal, Parte 1*”, folios 34-37].

3. LA DEFENSA DE LA PARTE PASIVA

3.1. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Dijo no constarle ninguno de los hechos, y tampoco presta servicios de salud ni le compete ejercer vigilancia y control a las EPS. Se opuso a las pretensiones y excepcionó: **(i)** Falta de legitimación; **(ii)** Inexistencia de daño jurídico; **(iii)** Inexistencia de obligación; **(iv)** Inexistencia del deber de reparar; **(v)** Cobro de lo no debido; y, **(vi)** La innominada [Cuaderno No.1, pdf “(...) *Principal, Parte 1*”, folios 85-98].

3.2. CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP - EN LIQUIDACIÓN. Afirmó que son ciertos los hechos 1º, 2º, 3º, 8º, 10º, 26º, 27º, 29º y 30º, parcialmente ciertos el 4º, 5º, 6º, 7º, 9º, 11º, 12º, 16º, 17º, 21º, 22º, 23º, 24º, 25º y 28º, no constarle el 14º, 15º, 18º, 19º, y 36º, y consistir en apreciación subjetiva el 13º, 20º, 31º, 32º, 33º, 34º, 35º, 37º y 38º. Repelió las pretensiones, llamó en garantía al galeno tratante y formuló como excepciones: **(i)** Diligencia en el actuar médico hospitalario; **(ii)** Ausencia de culpa técnica e institucional; **(iii)** Ausencia de prueba de los supuestos de hecho culposos.

También **(iv)** Adecuada práctica médica; **(v)** Inexistencia de nexo; **(vi)** Inimputabilidad de riesgos aleatorios; **(vii)** Excesiva tasación de pretensiones; y, **(viii)** La genérica (Ibidem, folios 142-198). Con auto del 21-04-2021 se declaró desistido el llamamiento en garantía, por desacatar la carga de notificar [Ibidem, pdf “(...) *Principal, Parte 2*”, folios 129-132].

3.3. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Adujo que ninguno de los hechos le constaba y que la inspección, vigilancia y control que ejerce, no implica prestar servicios de salud ni coadministrar las EPS ni las IPS. Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones: **(i)** Inexistencia de nexo causal; **(ii)** Falta de legitimación; **(iii)** Inexistencia de obligación; **(iv)** Causa directa, eficaz, eficiente y determinante del daño; **(v)** Hecho de un tercero; **(vi)** Falta de requisitos de la acción reparación directa; **(vii)** Inepta demanda; **(viii)** Indebido agotamiento del requisito de procedibilidad; y, **(ix)** La genérica (Ibidem, folios 1-25).

4. EL RESUMEN DE LA DECISIÓN APELADA

En la parte resolutive se: **(i)** Negaron las pretensiones; y, **(ii)** Condenaron en costas a los demandantes.

Identificó las pretensiones como de responsabilidad contractual y extracontractual, interpretó la demanda y halló probada la legitimación en la causa. Planteó como problema jurídico: “(...) *determina si se presentó alguna falla en el servicio médico (...)*” (Sic). Encontró cumplido el daño. Explicó que la historia clínica era insuficiente para acreditar el hecho dañoso causante del daño que es la culpa (Sic); debían allegarse pruebas técnicas o científicas adicionales, que facilitaran su interpretación, y esa carga fue incumplida por los demandantes. En síntesis, el relato cronológico que contiene, no es indicativo de la falla médica.

Por último, razonó que como dejó de demostrarse la culpa, tampoco se probó el nexo causal (Sic) [Ib., video “(...) *Audiencia 373 CGP Continuci...*”, tiempo 7:24 a 49:20].

5. LA SÍNTESIS DE LA ALZADA

5.1. LOS REPAROS (DEMANDANTES). En el escrito enlistó siete (7) reparos, sin embargo, alusivos a la historia clínica que se concretan en: **(i)** Indebida valoración, para demostrar el hecho, la culpa y el nexo causal; y, **(ii)** La sentencia SC-003-2018 de la CSJ es inaplicable al caso [Ib., pdf “(...) *Principal, Parte 5*”, folios 121-124].

5.2. LA SUSTENTACIÓN. En atención al DP. No.806 de 2020, el recurrente allegó por escrito, la argumentación de sus reparos en tiempo (Cuaderno No.2, pdf.07).

Arguyó que **(i)** Como la jueza adujo imposibilidad de interpretar la historia clínica no podía pronunciarse sobre ella, afectó la debida motivación de la decisión, según los artículos 167 y 280, CGP. No pudo examinar en forma crítica ese medio. Este documento es suficiente para demostrar la responsabilidad, según la Ley 23 de 1981. Da cuenta de la defectuosa atención médica porque contiene conceptos de especialistas (Resume apartes ya indicados en los hechos de la demanda); por lo tanto, innecesario era un dictamen, ya que esos “(...) conceptos (...) hacen las veces de pericias y soportes ilustradores de lo suscitado (...)” (Cuaderno No.2, pdf.07, folio 6, párrafo 4º).

Resalta, entre otros que, en la historia figura que la inmovilización temporal no fue hecha por un ortopedista, sino por médico general, con el que debía contar por ser entidad de alta complejidad, así como cirujano de mano; también que fue inoportuna la atención pues solo seis (6) días después del diagnóstico se hizo la reducción; y, que no hubo examen físico completo.

Agrega que esa pieza probatoria muestra que el hecho dañoso fue una sucesión concatenada de actuaciones médicas que al final causaron el daño, y la jueza no las advirtió porque pretirió revisarla con detenimiento.

Y, finalmente, **(ii)** Que la SC-003 de 2018 es inaplicable porque, a diferencia del caso estudiado por la CSJ, en este asunto, la historia clínica es suficiente para vislumbrar la culpa. Solo se necesitan otros medios de convicción cuando falte claridad, que no es el caso. Si la togada consideraba que era inexacta, debió exigir de oficio, a las demandadas, complementarla; en fin, era suficiente para comprobar la responsabilidad.

6. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

6.1. LA FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. De acuerdo con el artículo 16, CGP, la falta de jurisdicción y competencia por los factores subjetivo y

funcional es *improrrogable*, de tal suerte que el juzgador cuando la verifique, debe declararla y remitir el expediente al competente, sin miramientos del estado del proceso o la falta de queja de las partes. Asimismo, es causal de nulidad cuando es reclamada o advertida de oficio luego de la sentencia (Arts.133-1º y 138, CGP).

En este asunto, es imposible para la Sala analizar de oficio tales presupuestos, habida cuenta de que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del CSJ, al resolver, el 04-07-2019, el conflicto suscitado entre los Juzgados 5º Administrativo y 5º Civil del Circuito, ambos de Pereira, lo asignó a esta especialidad [Cuaderno No.1, carpeta conflicto de jurisdicción, pdf “(...) Cuaderno No.2 (...)”, folios 6-21], empero, sin apreciar la participación del Ministerio de Salud y la Superintendencia de Salud (Como indica el Consejo de Estado¹), al decir que no mediaba alguna como ente estatal; de todas formas, como es el órgano competente en controversias sobre jurisdicción (Arts. 256, CP y 112, LEAJ), la Magistratura debe acatar su decisión, sin más.

6.2. LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA. La ciencia procesal mayoritaria² en Colombia los entiende como los *presupuestos procesales*. Otro sector³⁻⁴ opta por la denominación aquí formulada, pues resulta más sistemático con la regulación procesal nacional. La demanda es idónea, ninguna causal de nulidad insaneable se aprecia, capaz de afectar la actuación surtida, sin embargo, no todas las partes tienen aptitud jurídica para participar en el proceso.

En efecto, la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP – LIQUIDADA, carece de personalidad. Según el artículo 53, CGP, tienen capacidad para ser parte en un proceso, entre otras hipótesis, las personas jurídicas; y, cuando se ordena

¹ CE. Sección 3ª, subsección A. Sentencia del 25-07-2019; CP: Velásquez R.; No.51.687.

² DEVIS E., Hernando. El proceso civil, parte general, tomo III, volumen I, 7ª edición, Bogotá DC, Diké, 1990, p.266.

³ LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2019, p.987-996.

⁴ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo 2, ESAJU, 2020, 7ª edición, Bogotá, p.468.

la disolución y liquidación forzosa estatal de estas entidades, no pueden seguir con sus operaciones ordinarias del objeto social, solo conservan capacidad para los actos liquidatorios (D.1015/2002, D.3023/2002, Ley 510, D.2555/2010 y art.117, DL.663/1993, aplicables a IPS, en caso de liquidación forzosa).

La fase liquidatoria es para solucionar las acreencias y repartir el remanente a los asociados, por medio de la enajenación del activo social (Título 3º, capítulo 1º, D.2555/2010); y, el agente liquidador especial designado puede ordenar su extinción, previa constitución de una reserva para garantizar el pago de obligaciones condicionales o litigiosas (Arts.9.1.3.5.10, literal b, 9.1.3.6.2, 9.1.3.6.3, 9.1.3.6.4 y 9.1.3.6.5, D.2555/2010). Desde luego, la intervención forzosa para liquidar la persona jurídica, dispuesta por la Supersalud, no agotó su existencia.

Al respecto la jurisprudencia de la CSJ⁵: *“(...) aunque disuelta, sobrevive, despréndase como corolario de ello que no puede predicarse la inexistencia. Está dotada de personalidad jurídica y, por ende, perfectamente susceptible de ser un sujeto procesal. Puede demandar y ser demandada (...)”, incluso⁶, “(...) aún después de haberse publicado en el registro mercantil el último acto del proceso liquidatorio, es posible que se prolongue la existencia de la personalidad societaria para resguardar los derechos de los asociados o de terceros (...)”.*

La demanda se dirigió frente a la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP – EN LIQUIDACIÓN y contestó por intermedio de su agente liquidador especial; pero, en el transcurso del trámite, finalizó la liquidación y se declaró su extinción.

Acreditado está que inicialmente declaró el desequilibrio financiero, por ser insuficientes los activos para cubrir los pasivos (Resolución 51 del 28-12-2016), sin constituir la “*reserva razonable*” que “*(...) entregará (...) a una sociedad encargada de su pago (...)*” (Art.9.1.3.5.10, literal b, D.2555/2010); luego, declaró

⁵ CSJ, Sala de casación Civil. Sentencia 072, reiterada en la sentencia del 05-08-2013, MP: Salazar R., exp.66682-31-03-001-2004-00103-01, que modificó fallo de esta Sala de la Corporación.

⁶ CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 05-08-2013, MP: Salazar R., exp.66682-31-03-001-2004-00103-01, que modificó fallo de esta Sala de la Corporación.

insolutos los créditos reclamados, salvo los laborales, “(...) por el agotamiento total de los activos disponibles (...)” (Resolución 1531 del 18-01-2017); y, finalmente, extinguió la sociedad (Resolución 2667 del 31-01-2017) [Ib., pdf “(...) Principal, Parte 2.”, folios 84-100]. Registró la extinción ante el Ministerio de Salud y Protección Social [Ib., pdf “(...) Principal, Parte 2.”, folio 93].

En consecuencia, está ausente el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte.

Discrepa esta Corporación de los argumentos de primera sede, cuando afirmó: “(...) cuyos pasivos quedaron a cargo de Consejurías EU, según el auto del 21-04-2017 proferido por el Juzgado Quinto Administrativo de Pereira (...) decidió no desvincular a la institución (...) porque todavía existían pasivos (...) todavía existía una entidad encargada de los pasivos de esa IPS [Ib., video “(...) Principal, Parte 3, Audiencia 373 CGP Continuci... (Sic) (...)”, tiempo 0:09:00 a 0:09:45].

En primer término, tal decisión [Ib., pdf “(...) Principal, Parte 2.”, folios 129-131] involucró un reproche sobre la actividad del liquidador por dejar de constituir la reserva, ajeno a la responsabilidad médica aquí rebatida (Arts.4.1.3 y 4.2, literales “p”, “q” y “t”, Resolución Supersalud⁷); y, en segundo lugar, desconoció que la falta de tal reserva y de pruebas sobre la supuesta administración y representación, impiden conjeturar que aquella sociedad asumió los pasivos de la IPS liquidada.

Así las cosas, esta Magistratura debe inhibirse, porque este es uno de los eventos que ameritan tal pronunciamiento, como enseña la doctrina

⁷<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:G00hBMPtKGkJ:https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Comunicaciones/OtrasPublicacionesComunicaciones/VERSION%2520PRELIMINAR%2520PARA%2520PUBLICACION%2520EN%2520PAGINA%2520WEB%2520SNS%2520RILCO.docx+&cd=4&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>, consultada el 05-10-2021.

jurisprudencial de la CSJ⁸ y la CC⁹ (Criterio auxiliar). Opinión compartida por esta Sala y es precedente horizontal¹⁰.

En reciente decisión la CSJ (2021)¹¹ reiteró la obligación que tiene la judicatura de decretar pruebas de oficio para esclarecer este presupuesto procesal; sin embargo, en este asunto, deviene superfluo comoquiera que el acontecer fáctico da cuenta de la inexistencia de patrimonio constituido por el liquidador, en aras de garantizar el pago de derechos litigiosos, es decir que, pese a su extinción, se haya prolongado la existencia de su personalidad societaria para resguardar derechos de terceros acreedores. Ya se anotó, padeció un desequilibrio financiero de gran magnitud que solo permitió pagar las acreencias laborales. No hay reserva.

6.3. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA (ASPECTO SUBJETIVO¹²). Es presupuesto subjetivo de la pretensión, acreditado posibilita constatar su vocación de triunfo. Este examen es oficioso y es por eso irrelevante el alegato de las partes; es un factor de estudio imperativo, así entiende la CSJ¹³, criterio acogido sin reparos por este Tribunal de tiempo atrás¹⁴. Cuestión muy

⁸ CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 06-06-2013, MP: Ruth Marina Díaz Rueda, No.11001-0203-000-2008-01381-00, itera el fallo del 12-01-1976, GJ.2393, T. CCII, p.9, citado en los proferidos el (i) 21-03-1991, GJ.2447, T.CCVIII, p.212; y, (ii) 20-10-2000, No.05682. La Corporación explica que: ***“Corresponde pues pronunciar sentencia inhibitoria cuando en el proceso faltan los presupuestos atinentes a la capacidad para ser parte y a la demanda en forma (...)”*** (Negrilla extratextual).

⁹ CC. C-666 de 1996, reiterada en la T-713 de 2013. Las sentencias inhibitorias son: *“aquellas en cuya virtud, por diversas causas, el juez pone fin a una etapa del proceso, pero en realidad se abstiene de penetrar en la materia del asunto que se le plantea dejando de adoptar resolución de mérito, esto es, ‘resolviendo’ apenas formalmente, de lo cual resulta que el problema que ante él ha sido llevado queda en el mismo estado inicial. La indefinición subsiste”* y es susceptible de proferirse cuando: *“agotadas por el juez todas las posibilidades que el ordenamiento jurídico le ofrece para resolver y adoptadas por él la totalidad de las medidas conducentes a la misma finalidad, siga siendo imposible la decisión de fondo”*.

¹⁰ TSP, Sala Civil – Familia. Sentencias del (1) 03-11-2020, MP: Grisales H., No.2015-00905-01; y, (2) 24-06-2014, MP: Saraza N., No.2010-00224-01.

¹¹ CSJ. (1) SC-2215-2021; (2) SC-1182-2016; y, (3) Sentencia del 13-12-2006, MP: Villamil P., No.2000-00558-01, entre muchas.

¹² ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo I, teoría del proceso, 5ª edición, editorial ESAJU, Bogotá DC, 2019, p.110.

¹³ CSJ. SC-1182-2016, reiterada en la SC-16669-2016.

¹⁴ TSP, Civil-Familia. Sentencias del: (1) 01-09-2017; MP: Grisales H., No.2012-00283-02; (2) 06-11-2014; MP: Arcila R., No.2012-00011-01; y, (3) 19-12-2014; MP: Saraza N., No.2010-00059-02.

diferente es analizar la prosperidad de la súplica.

En orden metodológico se define primero el tipo de pretensión postulada en ejercicio del derecho de acción¹⁵, llamado ahora tutela judicial efectiva, para luego constatar quiénes están habilitados por el derecho positivo para elevar tal pedimento y quiénes para resistirlo; es decir, esclarecida la súplica se determina la legitimación sustancial de los extremos procesales.

Evidente que el libelo inicial no especificó el tipo de responsabilidad, y la juzgadora de primer nivel, en razonamiento que se comparte parcialmente, lo entendió en ambas órbitas (Contractual y extracontractual), mas incluyó en el extremo pasivo a: **(i)** La IPS, pese a carecer de capacidad para ser parte (Demanda presentada el 22-02-2016 y la IPS se extinguió el 31-01-2017) [Ib., pdf “(...) *Principal, Parte 1*”, folios 51-52 y “(...) *Principal, Parte 2.*”, folio 93]; y, a **(ii)** Los entes estatales codemandados, quienes no tienen legitimación, como adelante se explicará.

Por activa tiene habilitación legal la señora Luz Mary Marín Buitrago, quien como cotizante (Arts.157 y 177, Ley 100), recibió los servicios médicos, en el marco de una relación jurídica negocial [Ib., pdf “(...) *Cuaderno No.2, Pruebas, Folio 174, CD (...)*”, folios 167 y ss], aspecto indiscutido por la EPS [Ib., pdf “(...) *Principal, Parte 2.*”, folio 31]; además, este contrato es consensual.

Por su parte, los señores: **(i)** Luis Carlos Blandón Rivas (Esposo); **(ii)** Andrés Felipe Blandón Marín (Hijo); y, **(iii)** Rosalba Marín Buitrago (Hermana); son ajenos a la mencionada relación negocial, su pretensión reparatoria es extracontractual, por ser víctimas indirectas, secundarias o de rebote, y por esa calidad, es personal y no hereditaria¹⁶⁻¹⁷. Obran para acreditar tales

¹⁵ En el mismo sentido SC-0070-2021 de este Tribunal. La dogmática procesalista tiene esclarecido que la acción no se clasifica, sí la pretensión: **(1)** ROJAS G., Miguel E. Ob. cit., p.107. También: **(2)** LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.323; **(3)** RICO P., Luis A. Teoría general del proceso, 3ª edición, Leyer SA, Bogotá DC, 2013, p.263.

¹⁶ CSJ, Civil. Sentencia del 17-11-2011, MP: Namén V.; No.1999-00533-01.

¹⁷ TAMAYO J., Javier. Tratado de responsabilidad civil, tomo I, 2ª edición, Legis, Bogotá DC, 2007, p.126.

condiciones los registros civiles [Ib., pdf “(...) *Principal, parte 1*”, folios 11 a 17].

La legitimación por pasiva, solo la tiene SALUDCOOP EPS ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP - EN LIQUIDACIÓN -, porque brindó la asistencia médica con ocasión del contrato suscrito. Ya se dijo que la CORPORACIÓN IPS SALUDCOOP – LIQUIDADA, no tiene capacidad para ser parte.

Y, en lo que atañe al Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia de Salud, sin duda falta legitimación para enfrentar los reclamos. El primero se encarga de formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud (D.4107/2011), mientras que la segunda ejerce control y vigilancia sobre los particulares que presten el servicio (Arts.39, Ley 1122 y 121 y 130, Ley 1438, y D.2462/2013), sin incidencia en la materialización de la atención médica, que es la causa para pedir, fuente de la indemnización reclamada según la demanda; no les compete brindarla.

Las EPS (En liquidación) e IPS (Liquidada) fueron objeto de intervención forzosa administrativa por la Supersalud, con miras a evitar su disolución y liquidación, y garantizar la continuidad de la atención en salud a sus afiliados [Ib., pdf “(...) *Principal, parte 1*”, folios 132-141 y pdf “(...) *Principal, Parte 2, folio 290A, CD (...)*”, folios 320-339]. Medida correctiva empleada por la indebida administración de los recursos fiscales que, en modo alguno, supone que el Estado las sustituya en la prestación del servicio y asuma sus obligaciones [Arts.2º, inciso 7º, D.1011/2006 y 3º, D.4747/2007].

Trátese, exclusivamente, del relevo en su administración (EPS e IPS) y, por contera, preservan la obligación de responder con su patrimonio por los daños causados con ocasión de la presunta falla médica en que hayan incurrido, mientras podían desarrollar su objeto social, es decir, los acaecidos antes de la intervención forzosa Estatal que dispuso su liquidación. Como se anotó, la EPS demandada aún tiene capacidad para ser parte, habida cuenta de que subsiste el trámite liquidatario; está legitimada por haber ofrecido la

asistencia médica contratada por su cotizante.

Imposible concluir que exista solidaridad entre esos particulares y los entes estatales para responder, porque los últimos no fueron copartícipes en la causación del daño. Corolario, se adicionará el fallo para declarar la falta de legitimación advertida.

6.4. EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER. ¿Se debe revocar o reformar la sentencia desestimatoria proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad, según el razonamiento de la parte demandante?

6.5. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA

6.5.1. LOS LÍMITES DE LA APELACIÓN. En esta sede están definidos por los temas objeto del recurso, es una patente aplicación del modelo dispositivo en el proceso civil nacional (Arts. 320 y 328, CGP), es lo que hoy se conoce como la *pretensión impugnaticia*¹⁸, novedad de la nueva regulación procedimental del CGP, según la literatura especializada, entre ellos el doctor Forero S.¹⁹. Por su parte, el profesor Bejarano G.²⁰, discrepa al entender que contraviene la tutela judicial efectiva, de igual parecer Quintero G.²¹, mas esta Magistratura disiente de esas opiniones divergentes, que son minoritarias.

Entiende, de manera pacífica y consistente, esta Colegiatura en múltiples decisiones, por ejemplo, las más recientes: de esta misma Sala y de otra²², la

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

²¹ 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>

²² TS, Pereira. Civil-Familia. Sentencias del (i) 19-06-2020; MP: Grisales H., No.2019-00046-01 y (ii) 04-07-2018; MP: Saraza N., No.2011-00193-01, entre muchas.

aludida restricción. En la última sentencia mencionada, se prohijó lo argüido por la CSJ en 2017²³, eso sí como criterio auxiliar; ya en decisión posterior y más reciente, la CSJ²⁴ (2019), reiteró la citada tesis. Arguye en su obra reciente (2021), el profesor Parra B²⁵.:” *Tiene como propósito esta barrera conjurar que la segunda instancia sea una reedición de la primera y se repita esta innecesariamente. Además, respeta los derechos de la contraparte, pues esta se atiene a la queja concreta.*”. De igual parecer Sanabria Santos²⁶ (2021).

Ahora, también son límites para la resolución del caso, el principio de congruencia como regla general (Art. 281, ibidem). Las excepciones, es decir, aquellos temas que son revisables de oficio son los asuntos de familia y agrarios (Art. 281, párrafos 1º y 2º, ibidem), las excepciones declarables de oficio (Art. 282, ibidem), los presupuestos procesales²⁷ y sustanciales²⁸, las nulidades absolutas (Art. 2º, Ley 50 de 1936), las prestaciones mutuas²⁹ y las costas procesales³⁰, entre otros. Por último, debe considerarse que es panorámica la competencia cuando ambas partes recurren en lo que les fue desfavorable (Art.328, inciso 2º, CGP).

6.5.2. LOS REPAROS. Comprende esta Sala que la censura se contrae, principalmente, a: **(i)** La valoración probatoria porque se desestimó la eficacia de la historia clínica para acreditar que las intervenciones quirúrgicas y el tratamiento posoperatorio, realizados a la actora, produjeron la pérdida de movilidad; y, **(ii)** La aplicación de precedente jurisprudencial de la CSJ.

La sentencia inicialmente enfoca el problema en el elemento culpa, sin previamente cerciorarse de la existencia del nexo causal como presupuesto

²³ CSJ. STC9587-2017.

²⁴ CSJ. SC2351-2019.

²⁵ PARRA B., Jorge. Derecho procesal civil, 2ª edición puesta al día, Bogotá DC, Temis, 2021, p.403.

²⁶ SANABRIA S., Henry. Derecho procesal civil, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2021, p.703 ss.

²⁷ CSJ, SC-6795-2017. También sentencias: (i) 24-11-1993, MP: Romero S.; (ii) 06-06-2013, No.2008-01381-00, MP: Díaz R.

²⁸ CSJ. SC1182-2016, reiterada en la SC16669-2016.

²⁹ CSJ, Civil. Sentencia del 15-06-1995; MP: Romero S., No.4398.

³⁰ LÓPEZ B., Hernán F. Ob. cit., p.1079.

previo de indispensable constatación, según el orden metodológico fijado por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala³¹. Empero, como sobre aquel elemento de la responsabilidad se erigen los reparos, será entonces este el objeto de estudio en esta sede.

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

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

La responsabilidad médica o galénica se configura, por lo general, en la esfera de la denominada subjetiva en el régimen de probada³³, aisladamente en época pretérita hubo de tratarse como *actividad peligrosa*³⁴; sin embargo, a esta fecha es sólido que su título de imputación es la culpa probada³⁵, según el precedente constante de la CSJ (2021)³⁶ y la doctrina mayoritaria³⁷, sin

³¹ TS. Pereira. (1) SC-0060-2021, (2) SC-0046-2021 y (3) SC-0030-2021, entre otras.

³² SANTOS B., Jorge. Ob. cit., p.95.

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

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

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

³⁶ CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, Ob. cit. Reiterada en SC-3919-2021.

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

miramientos en que sea la modalidad contractual o extracontractual.

De allí, que corresponde al demandante demostrar todos sus elementos axiales: **(i)** La conducta antijurídica o hecho dañoso, **(ii)** El daño, **(iii)** La causalidad³⁸; **(iv)** El factor de atribución, que corresponde a la culpa, cuando el régimen sea subjetivo; y, si es del caso, **(v)** el contrato, en aquellos eventos de infracción a los deberes adquiridos en el marco de un negocio jurídico.

En la responsabilidad sanitaria la regla general es que las obligaciones debidas por los médicos en su ejercicio, son de medio³⁹⁻⁴⁰ y de manera excepcional de resultado, entre otras las cirugías estéticas reconstructivas⁴¹⁻⁴², el diligenciamiento de la historia clínica y la obtención del consentimiento⁴³, la elaboración de prótesis, aparatos ortopédicos, exámenes de laboratorio⁴⁴; y, también el secreto profesional⁴⁵, entre otros; distinción reiterada en diferentes decisiones⁴⁶.

Así que, en tratándose de obligaciones de medio opera la tesis de la culpa probada, mientras que para las llamadas de resultado impera la presunción de culpa⁴⁷. De antaño la jurisprudencia de la CSJ⁴⁸, ha sostenido que las obligaciones de medio tienen implícito un mayor esfuerzo demostrativo para el reclamante⁴⁹.

SERRANO E. Luis G. Tratado de responsabilidad médica, Bogotá DC, Ediciones Doctrina y Ley, 2020, p.93.

³⁸ CSJ. SC-003-2018.

³⁹ PARRA G., Mario F. Responsabilidad civil, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2010, Bogotá DC, p.285.

⁴⁰ CSJ. SC-8219-2016 y SC-4786-2020.

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

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

⁴³ CSJ. SC-2506-2016.

⁴⁴ CSJ. SC-4786-2020.

⁴⁵ YEPES R., Sergio. Ob. cit., p.99.

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

⁴⁷ CSJ. SC-4786-2020.

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

⁴⁹ CSJ. SC-15746-2014 y SC-4786-2020.

Cuando el título de imputación es el de la culpa probada, no cabe duda que la carga probatoria gravita en cabeza del demandante, así lo ha señalado, en forma pacífica, el órgano de cierre de la especialidad, desde antaño⁵⁰, en parecer hoy conservado (2020)⁵¹:

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

A pesar de lo apuntado, la misma Corporación desde 2001⁵², empezó a acoger la tesis del CE de los años 1990⁵³ y 1992⁵⁴, incluso la misma CC⁵⁵, reconocían la necesidad de un aligeramiento o atenuación en la carga probatoria, por vía de la “*carga dinámica de la prueba*”⁵⁶ (Hoy con reconocimiento normativo expreso en el artículo 167 del CGP) y “*dependiendo de las circunstancias del asunto*”, el juzgador atribuirá el deber de acreditación sobre determinado hecho, teniendo⁵⁷: “(...) en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, pues no de otra manera, con justicia y equidad, se pudiera determinar la corrección del acto médico (*lex artix*).”. Nótese cómo el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, sobre acciones populares, consagró por primera vez, la doctrina anotada.

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

⁵¹ CSJ. SC-003-2018 y SC-3847-2020.

⁵² CSJ, Civil. Sentencia del 30-01-2001, ob. cit.

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

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

⁵⁵ CC. T006 de 1992.

⁵⁶ CSJ. SC-15746-2014.

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

En esta modalidad de la responsabilidad, la posición se conserva en estos días⁵⁸, pero precisando que “(...) lo que se presenta dentro del proceso es que la prueba se hace necesaria para la decisión (principio de la necesidad de la prueba) lo que conlleva al deber de aportación de las pruebas que cada parte está en la posibilidad de aportar, lo cual calificará el juez en su momento (...)”⁵⁹.

Ahora, en torno al examen de los elementos axiales de la responsabilidad médica, se advierte que la culpa⁶⁰ consiste en la valoración subjetiva de una conducta⁶¹⁻⁶², mientras que la causalidad no solo es la constatación objetiva de una relación natural o fenoménica de causa-efecto, o con las palabras del insigne maestro Adriano De Cupis⁶³: “(...) 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)⁶⁴, tanto en los sistemas del *common law* y como de *civil law* (2021)⁶⁵.

El elemento causal no admite presunciones y siempre debe probarse⁶⁶, sea en el régimen contractual o extracontractual, de culpa probada o presunta; por su parte la culpabilidad sí las tiene y desde luego relevan de su acreditación (Art.2353 y 2356, CC, 982 y 1003, CCo, entre otras). Mal pueden refundirse en un solo concepto estos factores esenciales para estructurar la responsabilidad, o

⁵⁸ CSJ. SC-8219-2016.

⁵⁹ CSJ. SC-21828-2017.

⁶⁰ PRÉVOT, Juan M. La obligación de seguridad, 2ª edición, Bogotá DC, Temis, 2012, p.84.

⁶¹ SANTOS B., Jorge. Ob. cit. p.423.

⁶² 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

⁶³ DE CUPIS, Adriano. El daño, teoría general de la responsabilidad civil, casa editorial Bosh, Barcelona, España, 2ª traducción del italiano, 1970, p.247.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ BAENA A., Felisa. La causalidad en la responsabilidad civil, Tirant lo blanch, Bogotá DC, 2021, p.11.

⁶⁶ CSJ, Civil. Sentencia del 23-06-2005, No.058-95.

derivar el uno del otro. Afirma el citado tratadista italiano⁶⁷: “(...) *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.

El nexo se determina entre conducta y daño, así pregona el órgano de cierre de la especialidad en la mayoría⁶⁸, desde hace algún tiempo (2002), adocina: “(...) *El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, (...)*”. Este aspecto es precedente de esta Sala⁶⁹.

Sostiene la Alta Colegiatura, de antaño⁷⁰, en discernimiento patrocinado por la CC⁷¹ (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 recientes decisiones (2020⁷²-2021⁷³), precisó que en tal fenómeno concurren elementos fácticos y jurídicos, posición ya expuesta antes (2016⁷⁴ y 2018⁷⁵); de la mano de la doctrina foránea, distinguió la causa material o física de la jurídica o de derecho⁷⁶.

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*

⁶⁷ DE CUPIS, Adriano. Ob. cit., p.247.

⁶⁸ CSJ, Civil. Sentencia del 26-09-2002, MP: Santos B., No.6878.

⁶⁹ TS. Pereira. (1) SC-0046-2021, (2) SC-0039-2021.

⁷⁰ CSJ, Civil. Sentencia del 26-09-2002; ob. cit.

⁷¹ CC. T-609 de 2014.

⁷² CSJ. SC-3348-2020.

⁷³ CSJ. SC-2348-2021 y SC-3604-2021.

⁷⁴ CSJ. SC-13925-2016.

⁷⁵ CSJ. SC-002-2018.

⁷⁶ LÓPEZ M., Marcelo. La responsabilidad civil médica, en el nuevo Código Civil y Comercial, derecho comparado, Buenos Aires, A. 2ª edición, 2016, p.433.

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 Quiñones⁷⁷, y otros de recientes obras (2020)⁷⁸ (2021)⁷⁹; en el orden foráneo Le Tourneau⁸⁰; en la misma línea los PETL (*Principios europeos en derecho de daños - Principles of european tort law*).

Empero, aunque existe libertad probatoria, es insuficiente el sentido común o reglas de la experiencia, porque tratándose de un tema científico, el instrumento persuasivo que mejor se aviene es: “*El dictamen médico de expertos médicos es indudablemente (...) que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el deceso de una persona por la actividad de otras. (...)*”⁸¹; sin embargo, el juez habrá de acudir también a los documentos o testimonios técnicos, para esclarecer la cuestión sometida a su escrutinio, según el artículo 176, CGP, sobre apreciación conjunta de las pruebas. Sin tener parámetros de comparación, ante la ausencia de probanzas de ese talante, es poco plausible atribuir una inadecuada atención.

Se destaca que, para la resolución de este litigio, no se aplicó la teoría de la carga dinámica de la prueba. El auto respectivo se emitió en audiencia del 14-08-2018 (Ib., pdf “(...) *Principal, Parte 5.*”, folios 1-5) y ninguna previsión hizo en tal sentido y las partes tampoco se manifestaron. En suma, gravitaba en los demandantes la demostración de todos los requisitos de la pretensión invocada (Carga de la prueba). Ello porque así compete en este tipo de asuntos, según reitera la CSJ (2020)⁸²:

... corresponde a quien demanda la declaración de responsabilidad

⁷⁷ ROJAS Q., Sergio, Responsabilidad civil, la nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales, editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2014, p.270.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ BAENA A., Felisa. Ob. cit., p.12.

⁸⁰ LE TOURNEAU. Philippe. La responsabilidad civil profesional, Bogotá DC, Legis, 2ª edición, traducción de Javier Tamayo J., 2014, p.108.

⁸¹ CSJ, Civil. Sentencia del 08-05-1990, que sigue el razonamiento de los fallos de 24-09-1952, *G.J.* No. 2119, p. 237, y del 05-07-1957, *G.J.* No. 2184, p. 676, según explica el profesor SANTOS B., *ob. cit.*, p.112.

⁸² CSJ. SC-3847-2020.

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

6.5.4. LA RESOLUCIÓN DE LOS REPAROS. Son todos infundados. **(i)** El material probatorio acopiado en el decurso procesal es ineficaz para establecer la culpabilidad fundada en la deficiente prestación de la atención médica, alegada como determinante (Sic) del daño sufrido por la actora; y, **(ii)** La jurisprudencia aplicada por la funcionaria constituye precedente pacífico y vinculante de la superiora jerárquica.

6.5.4.1. LA HISTORIA CLÍNICA. Este medio probatorio, por sí solo, es insuficiente para la demostración del factor culpabilidad entendido como infracción a la ley del arte (Lex artis) porque, como se anotó, en materias científicas como la medicina, se requieren probanzas de esa naturaleza.

Ilustra el precedente de la CSJ (2018)⁸³: “Las historias clínicas y las fórmulas médicas, por lo tanto, en línea de principio, por sí, se insiste, no serían bastantes para dejar sentado con certeza los elementos de la responsabilidad de que se trata, porque sin la ayuda de otros medios de convicción que las interpretara, andaría el juez a tientas (...)”. Doctrina probable (2020)⁸⁴, acogida por esta Sala⁸⁵ y otras⁸⁶ de este Tribunal.

El predicamento de que la imposibilidad interpretativa impedía a la jueza pronunciarse, es un dilema apenas retórico, pues esa dificultad cognitiva no es absoluta, obstructiva de una lectura y apreciación llana de su contenido

⁸³ CSJ. SC-003-2018.

⁸⁴ CSJ. SC-917-2020; SC-5641-2018 y SC-003-2018, entre otras.

⁸⁵ TS. Pereira. SC-0002-2021.

⁸⁶ TS. Pereira. SC-0029-2021.

escrito (Material u ontológica); la cuestión radica en su alcance comprensivo en la esfera de la ciencia respectiva: la médica. Así ocurre con todas las especialidades del conocimiento sobre los que versan algunos litigios (Ingeniería civil, contabilidad, física, arquitectura, finanzas, etc.).

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

Se sopesó la historia clínica como medio documental porque era válida, mas tal aspecto en manera alguna implicaba su eficacia automática: su fuerza de convicción; al contrario, fue insuficiente para el caso, es decir, empero su validez, devino ineficaz sobre los hechos base de la pretensión reparatoria (Nexo causal y factor de imputación: culpa).

La fuerza argumental de la tesis defensiva decae fácilmente con el planteo anterior. Aducir que la participación de expertos, especialistas, incluso subespecialistas, en la historia clínica, es infundado porque ellos no conceptuaron en el marco de un proceso sobre los precisos aspectos ahora objeto del tema de prueba, según los postulados del derecho probatorio.

Admitir la aseveración de la alzada, haría innecesaria la probanza en todo proceso (Cuando antes intervengan expertos), pero esa inferencia devela, con absoluta claridad que desatiende los requisitos de existencia de la peritación: ser acto procesal, personal, versar sobre hechos y provenir de un tercero (No parte en el proceso), al decir de la reputada doctrina del maestro Devis Echandía⁸⁷, seguida por el maestro Azula C.⁸⁸ y el profesor Parra Benítez⁸⁹ (2021).

⁸⁷ DEVIS E, Hernando. Teoría general de la prueba judicial, tomo segundo, 5ª edición, Bogotá D.C., Temis, 2006, p.311.

⁸⁸ AZULA C, Jaime. Manual de derecho probatorio, Temis, Bogotá DC, 2015, p.294 ss.

⁸⁹ PARRA B., Jorge. Derecho procesal civil, 2ª edición puesta al día, Bogotá DC, Temis, 2021, p.352.

La judicatura no puede concluir la responsabilidad profesional con base en la lectura desprevenida de la historia clínica, hácese indispensable el dictamen de expertos sobre los hechos que configuran el tema de prueba (Art.174, CGP), en cada proceso, esto es, aquellos supuestos fácticos que deben ser probados⁹⁰.

El error de diagnóstico, la inadecuada atención y la mora endilgados, NECESITAN (Art.164, CGP) el concepto de expertos de la misma ciencia revisada, para que la califiquen y den cuenta de los protocolos de la *lex artis* que se emplearon, si fueron causalmente los que provocaron la lesión, si se desatendieron y cómo fueron desconocidos (Culpa); o, al contrario, si se siguieron a cabalidad. Todo con las fundamentaciones de respaldo; claras, precisas, exhaustivas y detalladas; explicativas de sus métodos, experimentos e investigaciones; en suma, debidamente fundadas (Art.226, inciso 5º, CGP).

Comparte la Sala el análisis de primera instancia; en efecto, examinado el comentado medio, se tiene que el 15-09-2013 la actora fue atendida de urgencia y el médico general le suministró analgésicos, ordenó “RX ANTEBRAZO” y realizar nueva valoración; el 19-09-2013 se llevó a cabo la valoración y se diagnosticó “*Fractura de otras partes y de las no específicas de la muñeca*”, programó cirugía de reducción abierta con fijación de fractura (Ib., pdf “(...) Cuaderno No.2, Pruebas, Folios 174, CD (...)”, folios 175-177).

El 21-09-2013 se practicó la “(...) colocación de tutor externo en mano izquierda (...)” y se ordenaron radiografía y control con ortopedista (Ib., folio 171); y, el 21-11-2013 se retiró el tutor “*SIN COMPLICACIONES*”, se prescribieron medicamentos, fisioterapias y control postquirúrgico con radiografía (Ib. Folios 172 y 178-187).

Claro es que inicialmente recibió atención por parte de médico general y que pasados seis (6) días se practicó la cirugía; sin embargo, el solo recuento

⁹⁰ LÓPEZ B. Hernán F. Código General del Proceso, pruebas, tomo III, 3ª edición, Dupré editores, Bogotá DC, 2017, p.73.

cronológico de la intervención, por sí sola no revela en modo alguno que el servicio profesional haya sido inoportuno o inadecuado, como se asegura.

Ahora, muestra la historia clínica que subsiguió otra intervención y tratamientos posoperatorios ineficaces para evitar la pérdida de movilidad causada por la lesión nerviosa.

En efecto, el 12-12-2013 se realizó el control con ortopedista, conceptuó *“EVOLUCIÓN SATISFACTORIA MEJORÍA DEL DOLOR”* y nuevamente ordenó radiografía (Ib., folios 189-192); el 26-02-2014 el examen dio cuenta de *“(…) esclerosis y disminución de los espacios articulares (...) deformidad de los tejidos blandos (...)”* (Ib., folio 193); y, el 03-04-2014 practicó otra cirugía de reducción abierta de fractura en diáfisis de cúbito y radio *“CON FIJACIÓN INTERNA”* por *“(…) Falta de consolidación de fractura (pseudoartrosis) (...)”*, sin complicaciones y se da el alta con indicaciones (Ib., folios 170 a 194 y 197 a 199).

El 15-04-2015 el ortopedista, en control posoperatorio, consignó *“(…) SE LE EXPLICA LA APTE QUE LÑA PTE TIENE NIO UNION DE HUESO (Sic) (...)”* (Ib., folio 200); el 06-05-2014 refirió que la *“reducción”* fue satisfactoria y mejora el dolor, y ordenó retirar los puntos y realizar terapia (Ib., folio 205); y, el 14-08-2014 dispuso continuar con las terapias y practicar radiografía de mano comparativa (Ib., folios 221 a 223).

El 19-08-2014 el fisiatra diagnosticó *“(…) lesión de nervio radial (...)”* y *“(…) lesión sensitiva de nervio mediano (...)”*, ordenó *“(…) parches de lidocaína (...)”* y terapias (Paciente rehúsa las terapias) y remitió a valoración (Ib., folios 226 y 228); el 01-09-2014 el neurocirujano anotó *“(…) PACIENTE POSTERIORMENTE A ESTA CIRUGÍA PERDIDA DEL MOVIMIENTO DE LA MUÑECA (...) Y DE LOS DEDOS (...)”*, diagnosticó *“(…) LESIÓN DE NERVIO PERIFERICO POSTOPERATORIA DEL NERVIO RADIAL Y MEDIANO IZQUIERDO (...)”* y ordenó *“(…) bloqueo seriado de nervio (...)”* y *“(…) de ganglio (...)”* (Ib., folios 230 y 236); hay autorizaciones, sin prueba de ejecución y resultado (Ib., folios 229 y 234).

Por último, el 16-10-2014, el ortopedista apuntó “*ALGONEURODISTROFIA*” y remitió a valoración por fisiatría y medicina del dolor (Ib., folio 243); y, el 29-12-2014 la fisiatra concluyó que la “(...) *rigidez de la muñeca izquierda en abducción del pulgar izdo. Entumecimiento de 1º y 2º dedos de mano izquierda (...)*”, luego de 60 sesiones, son “(...) *secuelas definitivas (...)*” (Ib., folio 251).

El recuento permite entender que después de la segunda cirugía sobrevino la lesión nerviosa y que las medidas tomadas por los galenos fueron infructuosas para precaver la pérdida de movilidad; durante el posoperatorio se conceptuó sobre la lesión nerviosa y hubo órdenes de neurocirujano para corregir la pérdida de movilidad, indicativas de que la secuela aconteció después de esa intervención; pero, son datos escasos para concluir que el ortopedista aplicó una técnica incorrecta o erró en la cirugía, es decir, violó los protocolos respectivos; tampoco que el desacierto fue durante el control, de tal suerte que impidieron un temprano diagnóstico y tratamiento.

El recurrente insiste en que la historia clínica [Resolución 1995 del 08-07-99, artículo 1º, literal a)], es un medio de prueba suficiente para verificar la responsabilidad, según la Ley 23 de 1981; empero, trátase de la regulación sobre ética médica y su manejo. La discusión no es de fundamentación normativa, ni sobre tal temática, recuérdese su contenido abstracto (Característico de toda norma jurídica); aquí el asunto es de tipo probatorio, y evidente es la irrefutable orfandad en el plenario.

Imposible derivar así que el acto médico ocasionó el desmedro y fue errado, con estribo solo en razonamientos jurídicos teóricos, sin soporte en criterios de la ciencia médica que concreten esa hipótesis.

Antes de que la fisioterapeuta concluyera la rigidez como secuela definitiva, mediaron órdenes del neurocirujano tendientes a corregir la dolencia “(...) *bloqueo seriado de nervio (...)*” y “(...) *de ganglio (...)*” (Ib., folios 230 y 236), sin pruebas sobre su resultado.

Lo que se echa de menos es la demostración de los hechos fundantes de la

conducta calificada como culposa: la defectuosa asistencia sanitaria. Se itera, la historia clínica es ineficaz por sí sola para demostrar que las actuaciones fueron anómalas, se requieren elementos de convicción científicos. A fuerza de redundar, explica la CSJ (2020)⁹¹:

No obstante, en sí misma, carece de aptitud para revelar las faltas imputados a los convocados al juicio. Esto, desde luego, no significa la postulación de una tarifa probatoria en materia de responsabilidad médica o de cualquier otra disciplina objeto de juzgamiento. Tratándose de asuntos médicos, cuyos conocimientos son especializados, se requieren esencialmente pruebas de igual modalidad, demostrativas de una mala *praxis*.

Como el juez es ajeno al conocimiento de la disciplina médica, la Corte, tiene explicado que «(...) un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar (...) sobre las reglas (...) que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga (...)»⁹².

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

6.5.4.2. LA AUSENCIA DE PERITACIÓN O TESTIMONIOS TÉCNICOS. La apatía del extremo activo en atender su débito probatorio, en especial una de índole técnico, indicativa de mediar una atención médica determinante (Causa) e indebida (Culpa), que desencadenó las dolencias irreversibles de la actora, es evidente y contundente para fundar el fracaso de sus pedimentos.

Los demandantes no pidieron la práctica de testimonio rendido por los profesionales que percibieron directamente los hechos que son materia de discusión en el proceso (2020)⁹³ y pese a que en primera sede la funcionaria le ordenó arrimar el dictamen pericial, pretirió hacerlo (Ib., pdf «(...) Principal,

⁹¹ CSJ. SC-917-2020.

⁹² CSJ. Civil. Sentencia 183 de 26 de septiembre de 2002, expediente 6878.

⁹³ CSJ. SC-5186-2020 y SC-9193-2017.

parte 5”, folios 1-5 y video “(...) Principal, Parte 3 (...)”). Podría pensarse en que debieron emplearse los poderes oficiosos para recolectar esas pruebas, pero sucede que ese ejercicio no entraña suplir la desidia de la parte en su quehacer particular.

Así lo ha señalado pacíficamente la doctrina del órgano de cierre, constitutiva de precedente (CSJ)⁹⁴: “(...) no puede perderse de vista que hay casos en los cuales la actitud pasiva u omisiva del litigante que tiene la carga de demostrar determinada circunstancia fáctica, es la generadora del fracaso, bien de las pretensiones ora de sus defensas, por haber menospreciado su compromiso en el interior de la tramitación y en las oportunidades previstas por el legislador... (CSJ SC, 14. Feb. 1995, Rad. 4373, reiterada en CSJ SC, 14. oct. 2010, Rad. 2002-00024-01).”.

Con estribo en la notoria deficiencia probatoria reseñada, para esta Sala el descontento de la alzada resulta infundado para ser soporte idóneo de una revocatoria de la decisión de primer grado.

De ningún modo puede aceptarse que el presupuesto axial de la culpabilidad quedó demostrado con la historia clínica y ello es suficiente para la desestimación de las pretensiones. Si bien el fallo recurrido se enfocó en la culpa antes de analizar la causa, desembocó en una absolución que aquí se prohíja. Corolario, se confirmará.

6.5.4.3. EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. Ha dicho la CC⁹⁵: “(...) por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso (...)”. La doctrina nacional más autorizada en esta materia, cuenta con la obra del profesor López Medina⁹⁶, que puede consultarse para mayor ilustración académica.

⁹⁴ CSJ. SC-8456-2016.

⁹⁵ CC. T-737 de 2015. También pueden consultarse las SU027 de 2021 y SU149 de 2021, y más.

⁹⁶ LÓPEZ M., Diego E. El derecho de los jueces, 8ª reimpresión de la 2ª edición, Bogotá DC, editorial Legis y Universidad de Los Andes, 2009, p.83.

En la teoría del derecho judicial se distingue el precedente horizontal y el vertical⁹⁷, según la autoridad judicial que profiere la providencia. El primero alude a las sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial, y el segundo está vinculado a los lineamientos trazados por instancias superiores, encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional. Es obligatorio, aunque con la posibilidad de discrepar, a condición de que: “(...) *exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión* (...)”⁹⁸⁻⁹⁹.

Deviene notoriamente infundado el reparo de los demandantes, comoquiera que la jurisprudencia de la CSJ¹⁰⁰ aplicada por la funcionaria, acogida por esta Sala en reiteradas y recientes decisiones¹⁰¹, constituye precedente vinculante (Doctrina probable)¹⁰², en razón a que todas y cada una de ellas se resolvieron problemas con similares situaciones fácticas al presente, en síntesis, juicios de responsabilidad médica que califican la historia clínica como insuficiente para acreditar el presupuesto axial de la culpa profesional.

El motivo principal de la aplicación jurisprudencial en materia probatoria, no descansa en que la pericia o el testimonio técnico sea exigible cuando la historia clínica esté incompleta o carezca de claridad, como afirma la parte recurrente, sino en que las reglas de la experiencia y la sana crítica aplicadas por el juzgador son exiguas para su interpretación, habida cuenta de que atañe al desarrollo de una profesión que desconoce. Ahí tiene su génesis esa necesidad probática, que insoslayable reclama una fuente razonable del conocimiento experto, de tal manera que auxilie al funcionario en su ejercicio decisorio de verificar los puntales axiales de la responsabilidad imputada.

⁹⁷ CC. T-084 de 2017, T-038 de 2016, T-737 de 2015, T-794 de 2011, T-082 de 2011, T-209 de 2011, entre otras.

⁹⁸ CC. C-836 de 2001.

⁹⁹ CSJ. STC-6456-2021, STC-3967-2021 y STC-994-2021 y muchas más.

¹⁰⁰ CSJ. SC-003-2018.

¹⁰¹ TS. Pereira. SC-0002-2021 y SC-0029-2021, entre otras.

¹⁰² CSJ. SC-917-2020; SC-5641-2018 y SC-003-2018. Respecto a la figura de la doctrina probable puede consultarse la C-621 de 2015, juicio de constitucionalidad sobre el artículo 7º, CGP.

7. LAS DECISIONES FINALES

Todo el discernimiento planteado en las premisas que anteceden, sirve para desechar la apelación y confirmar parcialmente el fallo. Se adicionará para declarar la inhibición frente a la IPS y la falta de legitimación respecto a los entes estatales. Se condenará en costas en esta instancia, a la parte demandante, y a favor de la parte demandada, por haber perdido el recurso (Artículo 365-1º, 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 CSJ¹⁰³ (2017). Se hace en auto y no en la sentencia misma, porque esa expresa novedad, introducida por la Ley 1395 de 2010, desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365, CGP.

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

FALLA,

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo proferido el día 14-10-2020 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, R.
2. DECLARARSE inhibida la Sala para proferir sentencia de mérito frente a la extinta IPS SALUDCOOP - LIQUIDADA, por carecer de capacidad para ser parte.

¹⁰³ CSJ. STC-8528 y STC-6952-2017.

- 3. DECLARAR fundadas las excepciones de falta de legitimación por pasiva formuladas por el MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL Y LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD.
- 4. CONDENAR en costas en esta instancia, a la parte demandante, y a favor de la parte demandada. Se liquidarán en primera instancia y la fijación de agencias de esta sede, se hará en auto posterior.
- 5. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA
MAGISTRADO

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.
MAGISTRADO MAGISTRADO

DGH/ODCD/2021

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

28-10-2021

CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO
SECRETARIO

Firmado Por:

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

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

SC-0076-2021

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

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

Código de verificación:

dob6f1491b963b726ea5ceeb324e075a0c8b34ca500266f6e42d75ce49d59c09

Documento generado en 27/10/2021 11:06:31 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>