

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

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo
Pereira, Diciembre dieciséis de dos mil veintiuno
Expediente: 66001310300120140031201
Proceso: Responsabilidad civil médica
Demandantes: Diego Fernando Ortiz Henao y otros
Demandado: La nueva EPS S.A.
Comfamiliar Risaralda IPS
Llamada en
garantía: La Previsora S.A. Compañía de Seguros
Acta No. 603 del 15 de diciembre de 2021
Sentencia No. TSP.SC-0085-2021

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 3 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía, en este proceso verbal de Responsabilidad Civil Médica que iniciaron **Diego Fernando Ortiz Henao y Yessica Zapata González**, en nombre propio y en representación de su hijo **Nicolás Ortiz Zapata, María Fabiola Henao López y Margory González Loaiza** frente a **la Nueva EPS S.A.** y la **IPS Caja de Compensación Familiar de Risaralda - COMFAMILIAR Risaralda**, al cual fue llamado en garantía **La Previsora S.A. Compañía de Seguros**.

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos¹

¹ 1.PrimerInstancia, 01Demanda, p. 1

Narra la demanda que Nicolás Ortiz Zapata, hijo de Yessica Zapata González y Diego Fernando Ortiz Henao y afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, NUEVA EPS S.A., para el 17 de abril de 2012, fue llevado por su progenitora a urgencias de la clínica Comfamiliar, en razón a que *"desde hace más o menos una hora presenta dolor abdominal intenso, con llanto persistente y cuya patología no mejoró a pesar del suministro de acetaminofén"*.

Una vez revisado el menor por parte del médico tratante, se encontró *"abdomen doloroso a la palpación hemiabdomen inferior, sintomático, a descartar proceso obstructivo agudo. SS Rx de abdomen simple en bipedestación de inmediato, analgesia, SS ch, pdo y creatinina"* y el plan de manejo se estableció por el examen físico y lo descrito por la madre del menor. Concomitantemente, se le ordenó realización de ecografía de abdomen y suministro de un analgésico.

El 18 de abril de 2012, la madre del menor manifestó mejoría de Nicolás, pues se hallaba sin dolor para el momento. Se le dio de alta y se especificó por parte del galeno que salía *"en buenas condiciones, con dolor abdominal autolimitado no asociado a causa orgánica, se da salida con manejo médico y signos de alarma de re consulta."*

El 20 de abril de 2012 reingresó el menor Nicolás con dolor testicular y eritema. Se solicitó valoración por cirugía pediátrica, cuyo diagnóstico principal fue *"trastorno del testículo del epidídimo en enfermedades clasificadas en otra parte"*. Horas posteriores al ingreso se evaluó la ecografía testicular y se diagnosticó *"torsión de testículo"*.

Agrega el libelo que, tres horas posteriores al ingreso del menor a la clínica el día 20 de abril de 2012, fue valorado por pediatría, se confirmó el diagnóstico y se programó la exploración, explicando de antemano los riesgos y consecuencias futuras. Se efectuó la extirpación

del testículo izquierdo del menor y se encontró, según nota clínica del mismo día por cirugía, "*testículo izquierdo sin flujo, con tres vueltas de torsión, se deja 5 minutos y no se recupera, se incide la albugínea sin sangrado, vasos trombosados*".

Concluyen que, producto de la falla médica por error en el diagnóstico, impericia, negligencia, inoportunidad, imprudencia y violación de la norma, se dio la extirpación de una parte integral del órgano reproductor del menor, lo que ocasionó, un impacto notable en la integridad física, biológica y psíquica tanto de Nicolás Ortiz como de su núcleo familiar.

1.2. Pretensiones²

Con base en lo relatado, pidieron que se declarara civilmente responsables a las demandadas por las fallas advertidas en la atención médica prestada a Nicolás Ortiz Zapata y, en consecuencia, se les condenara a pagarles los perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante futuro) y perjuicios extrapatrimoniales (daño moral y daño a la salud), que cuantificaron. Además, que se les condenara en costas.

1.3. Trámite.

Luego de subsanada, la demanda fue admitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira mediante auto del 15 de diciembre de 2014³.

Por auto del 09 de junio de 2016 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira declaró probada la excepción previa de "*ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales*" presentada por la Caja

² 1.PrimerInstancia, 01Demanda, p. 2

³ 1.PrimerInstancia, 07AutoAdmiteDemanda.

de Compensación Familiar – Comfamiliar Risaralda⁴. Esa decisión fue apelada por la parte demandante y revocada en esta sede mediante providencia del 07 de octubre de 2016⁵.

En proveído del 2 de abril de 2019, se remitió el proceso al Juzgado Promiscuo de Quinchía, Risaralda, en virtud de lo ordenado por el Acuerdo No. CSJRIA 19-21 de marzo de 2019, por medio del cual se realizó la redistribución de algunos expedientes y el traslado temporal de servidores judiciales⁶.

Notificado el libelo a las demandadas, estas se pronunciaron sobre los hechos, se opusieron a las pretensiones y propusieron como excepciones las siguientes:

Por parte de la NUEVA EPS S.A⁷: (i) inexistencia de hecho ilícito y cabal cumplimiento de las obligaciones de Nueva EPS S.A.; (ii) inexistencia del factor de imputación: culpa a título de falla en el servicio; (iii) inexistencia de daño indemnizable imputable a NUEVA EPS; (iv) inexistencia de daño funcional e inexistencia de disminución de capacidad laboral; (v) inexistencia de responsabilidad por carencia del daño antijurídico; (vi) carencia absoluta de prueba de nexo causal entre la omisión endilgada a NUEVA EPS y el daño alegado; (vii) inexistencia de falla en el servicio médico imputable a nueva EPS e inexistencia de nexo causal entre la actividad de NUEVA EPS y el resultado final; (viii) ausencia de culpa y ruptura del nexo causal por hecho imputable de manera exclusiva a un tercero; (ix) cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa; (x) inexistencia de yerro inexcusable en el actuar del médico y la IPS tratante, responsabilidad de medio y no de resultado; (xi) inexistencia de responsabilidad; (xii) excepción genérica.

⁴1.PrimerInstancia, Cuad.2ExcepcionesPreviasIPSComfamiliar, p. 21

⁵ 1.PrimerInstancia, Cuad.5SegundaInstancia, p. 29

⁶ 1.PrimerInstancia, 30AutoRemiteProceso. p. 1

⁷ 1.PrimerInstancia, 17RespuestaNuevaEPS, p. 20

La Caja de Compensación Familiar de Risaralda - Comfamiliar Risaralda⁸: (i) inexistencia de nexo causal, que exime de responsabilidad; (ii) inexistencia de causalidad médico legal, que exime de responsabilidad; (iii) excepción genérica.

Por su parte, la llamada en garantía, La Previsora SA, Compañía de Seguros, frente al llamado que hizo la Caja de Compensación Familiar de Risaralda – COMFAMILIAR Risaralda⁹, señaló: (i) inoperancia del llamamiento en garantía realizado con apoyo en los certificados de renovación números 17 y 24 del seguro de responsabilidad civil No. 1001368, al haber sido expedido el contrato de seguro bajo la modalidad CLAIMS MADE que opera por reclamación y no por fecha del evento, lo que implica ausencia de cobertura para las vigencias de la póliza establecida en dichas renovaciones; (ii) límite al valor asegurado.

Surtido el traslado de las excepciones, decretadas las pruebas, incluso de oficio, y practicadas en la medida de contribución de las partes, se produjo el fallo de primer grado.

1.4. La sentencia de primera instancia¹⁰

Denegó las pretensiones en virtud de que la parte actora no cumplió con la carga de demostrar la negligencia o impericia que le imputa al personal médico de la IPS Comfamiliar, tratamiento dispensado a Nicolás Ortiz Zapata.

⁸ 1.PrimerInstancia, 12RespuestaComfamiliar,, p. 15

⁹ 1.PrimerInstancia, Cuad.3Llamamiento en garantía la Previsora, p. 78

¹⁰ 1.PrimerInstancia, 40DocumentoTestigoComfamiliar, 41ActaAudiencia373CGP.

Apeló la parte demandante y en los tres días siguientes aportó los reparos¹¹.

1.5. **Reparos y sustentación**¹²

Insisten los recurrentes en la responsabilidad, pues el fallador dio prelación a lo formal sobre lo sustancial, no realizó un análisis objetivo del historial clínico bajo el principio de la sana crítica, en concordancia con las normas que regulan el caso concreto, las guías médicas y jurisprudencia y valoró, en cambio, unos testimonios de personas dependientes de las demandadas.

2. **CONSIDERACIONES**

2.1. Concurren los presupuestos procesales y no hay causales de nulidad que hagan decaer lo actuado.

2.2. Como señaló el juez de primer grado, el asunto comporta la concurrencia de sendas formas de responsabilidad: contractual y extracontractual. Es claro que, para el caso de Nicolás Ortiz Zapata es del primer orden, como afiliado a la EPS¹³ y paciente, según reporta la historia clínica¹⁴. En tanto que, para Diego Fernando Ortiz Henao, Yessica Zapata González, María Fabiola Henao López y Margory González Loaiza, los dos primeros como padres¹⁵, y abuelas las últimas¹⁶, es del segundo tipo, por tratarse quienes reclaman como víctimas de rebote. Estas calidades los legitiman por activa.

¹¹ 1.PrimerInstancia, 42reparos sept 8. P. 1

¹² 2.SegundaInstancia, 08.Sustento de Apelación 1

¹³ p. 22, PRIMERA INSTANCIA, 02AnexosDemanda

¹⁴ p. 23, ib.

¹⁵ p. 14, ib.

¹⁶ p. 10 y 11 ib.

Y por pasiva, concurren las sociedades NUEVA EPS, como afiliadora, y la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE RISARALDA, donde fue atendido el paciente. En cuanto a La Previsora S.A. Compañía de Seguros, fue vinculada como llamada en garantía por parte de Comfamiliar Risaralda, con fundamento en la póliza 1001368, vigente para la época de los sucesos¹⁷.

2.4. Corresponde a la Sala definir si confirma la sentencia de primer grado que negó las pretensiones, porque no halló probada la culpa que se le imputa a los demandados; o si se revoca, como piden los demandantes, por cuanto se acreditaron todos los elementos que estructuran la responsabilidad médica.

2.5. Para abordar lo que es motivo de disenso, se recuerda, previamente, que 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 impugnatoria, como ha sido reconocido por esta Sala de tiempo atrás¹⁸ y lo han reiterado otras¹⁹, con soporte en decisiones de la Corte, unas de tutela²⁰, que se acogen como criterio auxiliar, y otras de casación²¹.

2.8. También, que esta Corporación ha sostenido²² que la responsabilidad civil médica comporta la concurrencia de varios

¹⁷ P. 5, PRIMERA INSTANCIA, cuad.3 Llamamiento en garantía la Previsora.

¹⁸ Sentencia del 19 de junio de 2018, radicado 2011-00193-01.

¹⁹ Sentencia del 19 de junio de 2020, radicado 2019-00046-01, M.P. Duberney Grisales Herrera.

²⁰ STC9587-2017, STC15273-2019, STC11328-2019 y STC100-2019

²¹ SC2351-2019.

²² 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.

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.

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

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

Así lo tiene señalado de tiempo atrás el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria (sentencia de 17 de noviembre de 2011, Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01, M.P. William Namén Vargas), y lo ha reiterado recientemente (sentencia SC917-2020, del 14

de septiembre de 2020, radicado 76001-31-03-010-2012-00509-01, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona), providencias en las que se ha dicho que:

“La atención sistémica e integral de la salud, sin embargo, no es ajena a los errores, sean excusables e inexcusables. En el ámbito de estos últimos, con repercusiones jurídicas, aparecen los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado, ergo, al ser injustificados, son susceptibles de ser reparados integralmente “in natura” o por equivalente, no así los primeros.

Por esto, causada una lesión o menoscabo en la salud, con ese propósito, el afectado debe demostrar como elementos axiológicos integradores de la responsabilidad médica la conducta antijurídica, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla, así como la culpabilidad, según la naturaleza de la responsabilidad (subjettiva u objetiva) o de la modalidad de las obligaciones de que se trata (de medio o de resultado). En el campo dicho, porque el artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, alusiva al talento humano en salud, con la modificación introducida por el canon 104 de la Ley 1438 de 2011, establece que la relación médico-paciente “genera una obligación de medio” sobre la base de una competencia profesional, en clara distinción con las de resultado, estas últimas, en virtud de “estipulaciones especiales de las partes” (artículo 1604, in fine, del Código Civil).”

En este punto es preciso memorar, como de tiempo atrás se hizo por esta misma Sala²³ y lo ha seguido reiterando²⁴, 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*

²³ Sentencia del 18 de septiembre de 2018, radicado 2015-00689-01

²⁴ TSP.SC-0029-2021

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". (Sentencia SC9193-2017, de junio 28 de 2017, M.P. Ariel Salazar Ramírez)²⁵.

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

2.8. También se observa que en casos como el presente ahora, en los que se debate una responsabilidad médica o institucional

²⁵ Cuestión a la que alude también la reciente sentencia SC3367-2020 citada

por la deficiente prestación de un servicio, la prueba técnica, sin ser única y determinante, le permite al juez aproximarse al conocimiento que requiere para definir la litis, pues con ella se puede descubrir el comportamiento, tanto del galeno, como de las instituciones que contribuyen a la prestación de un servicio de salud y concluir si se cumplieron las reglas que aconseja la ciencia médica.

Así se ha dicho por esta Corporación, por ejemplo, en la sentencia del 30 de julio de 2018, radicado 2016-00149-01²⁶, 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...”.

²⁶ 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.

2.9. De igual manera, se ha sostenido²⁷ 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 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 ..., 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 (...)*”.

²⁷ 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,

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

2.10. De otra parte, y por la incidencia que tiene para resolver el caso presente, también se destaca lo dicho por esta misma Sala de tiempo atrás²⁸, reiterado luego²⁹, acerca de que,

“dentro de las obligaciones del galeno está la que señala el artículo 10 de la Ley 23 de 1981, esto es, que *"El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente"*. El diagnóstico, entonces, constituye una fase en la cual el médico debe auscultar a su paciente para determinar el cuadro clínico que presenta para, con base en él, tomar las medidas que sirvan a la salud del mismo: tratamientos, medicamentos, intervenciones quirúrgicas, hospitalización, atención ambulatoria, o cualquiera otra que deba adoptar. Ese momento médico, dice la doctrina, puede descomponerse en tres fases: la anamnesis, los exámenes especializados y el diagnóstico³⁰. En esa primera ocasión, es decir, la del contacto del médico con el paciente, es determinante que este le narre a aquel, los hechos que rodean su consulta, y si se trata de un incapaz, que lo hagan sus representantes o quien lo acompaña al servicio médico. Esto, porque el galeno debe formarse una primera impresión y con fundamento en ella, en tanto se cumplen las otras dos, que le permitan concretar su criterio inicial, adoptar las medidas que sean conducentes. Obviamente ella debe ir acompañada de la orden de los exámenes que se requieran, para que, una vez conocidos los resultados, se determine cuál es el tratamiento adecuado.

Por esa descomposición, sobre todo en casos complejos, en los que ciertas enfermedades pueden presentar síntomas similares, no puede de buenas a primeras afirmarse que el error en el diagnóstico inicial, que luego se corrige con la práctica de los exámenes dispuestos por el profesional, sea indicativo de una culpa o negligencia de su parte; para que así ocurra debe tratarse de un caso elemental, en el que se pueda establecer de primer golpe qué es lo que afecta al paciente y cuál es el camino a seguir.

²⁸ Tribunal Superior de Pereira, Sala Civil-Familia, sentencia del 1º de septiembre de 2015, radicado 66001 -31- 03-005-2012-00278-01

²⁹ Sentencia TSP.SC-0029-2021

³⁰ JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica La Relación Médico-Paciente. Pontificia Universidad Javeriana. Ibáñez. Bogotá. 2DII. p. 75-79

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

Tratándose del diagnóstico —piedra angular de la actuación del médico frente al paciente—, y de la labor que cumplen los profesionales de la salud cuando en su ejercicio les corresponde emitir una opinión, rendir un concepto o analizar unos resultados de laboratorio por ejemplo, conviene recordar, según lo hace PENNEAU³¹, las distintas etapas que debe recorrer galeno, así: La primera, comienza con la revisión que se hace, lo cual exige tomar los conocimientos primarios de la afección padecida de acuerdo con las señales manifestadas, siendo necesario indagar por los antecedentes patológicos en forma previa a la sintomatología. En segundo orden, se inspeccionan los estudios recomendados (radiografías, análisis de laboratorio, ecografías, tomografías resonancias magnéticas entre otras), que le dispensan al médico la obtención de resultados científicos. La tercera fase, conclusiva por supuesto de las anteriores, se materializa con la emisión de la diagnosis.

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

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

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

Trátase, ciertamente, de una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a

³¹ PENNEAU, Jean, Citado por VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2002, Páginas 106-108

riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio. Así por ejemplo, la variedad de procesos patológicos y de síntomas (análogos, comunes o insólitos), difíciles de interpretar, pueden comportar varias impresiones diagnósticas que se presentan como posibles, circunstancias que, sin duda, complican la labor del médico, motivo por el cual para efectos de establecer su culpabilidad se impone evaluar, en cada caso concreto, si aquel agotó los procedimientos que la *lex artis ad hoc* recomienda para acertar en él» (CSJ SC 26 de noviembre de 2010, rad. 1999 08667-01).

2.11. Descendiendo al asunto que nos atañe, se recuerda brevemente que el Juzgado adujo, como eje central de su decisión, que *“el demandante no cumplió con la carga de la prueba, de demostrar que para el 17 de abril cuando se le hizo la atención temprana, el niño ya tuviera esa patología de la torsión testicular. El demandante no acreditó con peritazgo, con testimonios técnicos, que la atención que consta en la historia clínica y que fue brindada por Comfamiliar, haya sido producto de la negligencia, impericia, de la violación de la lex artis. La carga de la prueba la tenía la parte actora y no hay una absoluta seguridad de que el personal médico de la IPS Comfamiliar actuó con negligencia o impericia...”*

Previamente, para tomar la decisión, había dicho el fallador que, *“hay que darle plena validez a los testimonios de los médicos, en el sentido de que, cuando se ingresó por primera vez pues no había pruebas indicativas de que Nicolás estuviera sufriendo esa grave patología de la torsión testicular; puede tratarse de dos eventos o de uno solo, pero eso no fue probado. Además de ello, hay que tener en cuenta que la declaración de la mamá del niño ellos lo vieron caminar raro desde la noche del 19 de abril y cuando ellos ingresaron el 20, ya habían pasado pues muchas horas. Los médicos también fueron enfáticos en afirmar que después de seis horas no hay nada qué hacer. Luego, entonces, también hay una situación atribuible a los demandantes, por el hecho de que no estuvieron llevándolo a la clínica cuando le notaron el enrojecimiento en el testículo y cuando lo vieron en dificultades para caminar y que nuevamente tenía el dolor.”*

2.11. Los reparos a la resolución y la sustentación³², más allá de lo extenso del escrito, se ciñen específicamente a cuatro aspectos:

(i) Señalan que no se hizo un análisis objetivo de la historia clínica, en conjunto, integral, bajo el principio de unidad, con base en las reglas de la sana crítica y en concordancia con las normas que regulan el caso concreto, las guías médicas, las normas que regulan el Sistema de Seguridad Social, la Constitución y la Jurisprudencia.

(ii) Sostienen que hubo una falla en la atención que desencadenó en un error en el *diagnóstico – tardío*, por ende, en un manejo especializado y específico inoportuno, tras ser atendido el paciente por medicina general y no por especialista, donde se dio un examen clínico parcial, prescribiendo analgésicos que generaron una falsa mejoría y que, por el paso del tiempo, se propició la necrosis del testículo del menor de edad.

(iii) Manifiestan que no se tienen en cuenta los indicios graves que anuncia, ni los elementos esenciales para predicar la responsabilidad patrimonial de los demandados, configurándose la imputación y el nexo de causalidad.

(iv) Repelen que se da mayor valor probatorio a los testimonios técnicos rendidos por parte de los galenos adscritos a la entidad demandada y que comentan circunstancias que no están registradas en la historia clínica, omitiendo el fallador un análisis integral y objetivo con base en las reglas de la sana crítica, patrocinando la desidia, negligencia, imprudencia y violación a la norma en el actuar médico.

³² Arch. 42, cuaderno primera instancia Arch. 08, segunda instancia sustentación de recurso

2.12. Tales embates carecen de peso para salir adelante.

Como viene de decirse, el resultado de un proceso contencioso pende de la carga de la prueba que, si no hay una distribución de la misma en el momento justo del trámite, impone a cada uno acreditar los supuestos de hecho de las normas que sustentan sus pretensiones. Y en este caso, pasan por alto los recurrentes, según se dijo también, que, en el caso de la responsabilidad galénica, la regla general es que, por provenir de una obligación de medio, el régimen es de culpa probada y le incumbe al demandante demostrarla. Y cuando se mencionó que casos hay en los que se aligera la prueba, por ejemplo en tratándose de la historia clínica, es porque se le achaca al galeno, o a la institución demandada, que fue defectuosamente elaborada, o es inexistente, irregular, presenta tachaduras o enmendaduras, es incomprensible, todo lo cual, al decir de la jurisprudencia, entraña "*un indicio grave de negligencia profesional porque en sí misma, tal irregularidad es constitutiva del incumplimiento de una obligación que es la de llevarla correctamente*"³³.

Pero no es eso lo que se debate aquí. Al contrario, el recurso, y la cuestión fáctica misma, tienen como único soporte, por parte de los demandantes, la historia clínica y no se le descalifica por ninguna de aquellas circunstancias; lo que se dice es que ella, por sí sola, es reveladora de la culpa galénica y del nexo causal, porque, en la consulta del 17 de abril de 2012, el menor no fue atendido por un pediatra, sino por un médico general y no hubo una valoración física completa, lo que dio lugar a un diagnóstico equivocado y ello permitió la evolución de la torsión testicular, que el 20 de ese mismo mes llevó nuevamente a la madre del menor a consultar, con el resultado negativo ya conocido, pues para entonces no había ya nada qué hacer.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC5641-2018; y se ha reiterado así, por ejemplo, en la sentencia SC3847-2020

Mas, dicho fue al comienzo que la historia clínica, por sí misma, es insuficiente para demostrar la culpa o el nexo causal, sin un soporte técnico que le permita al juez comprender en qué pudo consistir la impericia, la negligencia o la imprudencia, salvo que de ella emerja con evidencia que hubo un descuido tal que no se requieren más apreciaciones para establecerlo, lo que no acontece en este asunto, por cuanto, lo que pretende la alzada es anteponer su percepción personal, no científica, a lo que objetivamente revela la historia clínica y ratifica el único testigo técnico escuchado.

La historia³⁴, a decir verdad, lo que enseña es que:

a) Siendo las 21:24 horas del 17/04/2012³⁵, el paciente ingresa a la sala de clasificación de adultos de urgencias de la Clínica Comfamiliar, el triage se practicó a las 21:35; la médica general Loaiza Carolina anotó como motivo de consulta *"desde hace +/- 1 hora presenta dolor abdominal intenso"* y como hallazgos, entre ellos, ABDOMEN: BLANDO, DOLOROSO EN FLANCO IZQUIERDO.

b) A las 21:35, ingresa a la sala de urgencias de pediatría. La médica general Uribe Zuluaga Beatriz Helena, consigna que se trata de un paciente consciente, asténico. Álgido y diaforético, con leve palidez mucocutánea, perfusión distal 1seg., mucosas hidratadas, anictérica, cardiopulmonar sin alteraciones, abdomen blando, doloroso a la palpación en hemiabdomen inferior, peristaltismo disminuido, extremidades eutróficas y neurológico sin déficit. Se diagnosticó *"OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS"* y se indicó un plan basado en exámenes de laboratorio, imagenología, formulación intrahospitalaria y administración de medicamentos.

c) Seguidamente, la doctora Loaiza Carolina, en la nota

³⁴ P. 23, PRIMERA INSTANCIA, 02AnexosDemanda

³⁵ Págs. 23 a 25, arch. 02, cuaderno primera instancia, historia clínica de la IPS Comfamiliar.

de evolución de la madrugada del 18/04/2012 (1:23 horas), consignó que la progenitora del paciente progenitora aseguró *que el niño está mejor, tranquilo, sin dolor en el momento, (...) dormido, tranquilo, afebril (...) paciente con dolor abdominal intenso de inicio súbito y leucocitosis*, razón por la cual se avisa la salida.

d) En la nota de enfermería siguiente, del 18/04/2012, a las 5:55, se indica que el paciente en compañía de la madre refiere que lo trae por dolor abdominal intenso (...) ingresa muy álgido, pálido, es valorado por *"el médico quien ordena administrar tratamiento, RX de abdomen, CH parcial de orina, creatinina, luego es revalorado quien ordena dar visado de salida para tomar eco abdominal, se dan indicaciones y recomendaciones"*.

e) A las 9:16 horas de este 18/4/2012, la médica general Suarez Suaza Johana Alexandra, en nota de evolución, señala: *paciente en buenas condiciones, ahora sin dolor, no emesis, no fiebre, alerta, abdomen blando no doloroso, no déficit neurológico, eco abdominal dentro de límites normales, paciente en buenas condiciones, con dolor abdominal autolimitado no asociado causa orgánica, se da salida con manejo médico y signos de alarma para reconsultar*, esta vez se despacha con diagnóstico principal de *"DOLOR LOCALIZADO EN OTRAS PARTES INFERIORES AL ABDOMEN"* y a las 9:18 horas *"se da de alta, se entrega reporte de eco, egresa sin fórmula médica e indicaciones y egresa en compañía de su madre"*.

f) Ya para el 20/04/2012³⁶, el paciente ingresa a la sala de urgencias clasificación pediatría de la IPS a las 14:28 horas; a las 14:35 se realiza triage donde se consigna como motivo de consulta: *"DOLOR TESTICULAR Y ERITEMA"*, según médica general Uribe Zuluaga Beatriz Helena.

³⁶ Págs. 26 a 29, arch. 02, cuaderno primera instancia.

En ese momento se ordenó por el pediatra de turno, Dr. Ramírez, una ULTRASONOGRAFÍA TESTICULAR CON ANÁLISIS DOPPLER justificada por una TORSIÓN TESTICULAR y ordena el suministro de acetaminofén en jarabe.

El diagnóstico fue *TRASTORNO DEL TESTÍCULO Y DEL EPIDÍDIMO EN ENFERMEDADES CLASIFICADAS EN OTRA PARTE*, y como recomendación de manejo, NADA VÍA ORAL.

i) Mediante nota de ingreso médico de la doctora Beatriz Helena, siendo las 14:43 *paciente conocido que el pasado martes presento dolor abdominal agudo, referido en hipogastrio y FII, inicio agudo con respuesta vagal asociada, paraclínicos sin alteraciones, ecografía de abdomen total dentro de los límites normales, refiere la madre que anoche tuvo cuadro clínico similar pero menor intensidad y autolimitado. El día de hoy le observa el testículo eritematoso, doloroso, niega fiebre o síntomas urinarios (...) paciente comentado con el Dr. Ramírez, pediatra quien indica que si bien cursa con síntomas sugestivos de orquiepididimitis es necesario descartar torsión testicular dado los cuadros de dolor previo y solicita ecografía dopples testicular.*

j) En la anotación de evolución de órdenes médicas (16:13 horas) el médico general Rodríguez Gómez Juan Carlos consigna que *se revisa ultrasonografía testicular con análisis Doppler se observa aumento de volumen del testículo izquierdo con 2.0 CC y ecogenicidad discretamente heterogénea con respecto al contralateral, sin evidencia de vascularidad evidente, no se logra obtener registro espectral (...) hallazgos son compatibles con torsión testicular izquierda (...) se llama pte no está en sala, se busca en observación pediátrica no está en sala, se busca con el personal de enfermería por todo el servicio de urgencias, pte al parecer se marcharon de la sala. En esta ocasión se emite el diagnóstico " TORSIÓN DE TESTÍCULO".*

k) En una nueva nota de evolución de las 16:49 horas, el Dr. Rodríguez Gámez consigna que *aparece la madre del niño, estaban en cafetería, refiere la mamá cuadro de dolor abdominal hace 2 días, sin fiebre, y hoy aparecer dolor en testículo izq, edema y se coloca morado, buen aspecto no toxico (...) se revisa testículos, con hematoma enrojecimiento de testículo izq, dolor, aumentado de tamaño, derecho sano se traslada pte a observación, se solicita llamada con CX pediátrica, se comenta con pediatra de turno Dr. Ramírez, el niño comió algo aproximadamente 1 hora.*

l) Ya estando el paciente en observación de pediatría, el pediatra Dr. Ramírez Granada Jaime en nota de evolución de las 17:14 horas, el menor de edad es *evaluado por cirujano pediatra, confirma DX y programa para exploración, se le explica a la madre los riesgos y consecuencias y futuro. Se programa interconsulta cirugía pediátrica siendo las 17:15 horas, por especialidad cirugía pediátrica, subjetivo: por escroto agudo, objetivo: cambios inflamatorios testículo izquierdo, se administran medicamentos y se emiten las ordenes de cirugía con el cirujano Dr. Figueroa Gutiérrez Luis Mauricio y se da una formulación intrahospitalaria.*

m) En nota de evolución de las 17:20 horas, el cirujano pediatra Dr. Figueroa Gutiérrez Luis Mauricio señala que el paciente presenta *dolor inguinal izquierdo de inicio hace 3 días evaluado en urgencias, se dio de alta, regresa por malestar testicular ayer que empeora hoy con cambios inflamatorios le hicieron ecografía que reporta torsión testicular izquierda. Dolor testículo izquierdo, se palpa la gónada dura y dolorosa eritema de escroto. Se programa CX.*

n) Por nota de evolución de las 18:10 horas, de la médica general López Silva Martha Teresa, se indica: Subjetivo: paciente con diagnóstico de torsión testicular a la espera de cumplir el ayuno para ser

llevado a cirugía, se formulan líquidos IV a 2000CC/M2 de SC.

o) A las 18:24 horas, la enfermera Orozco Cardona María Eucaris anota: *"niño el cual consulta por dolor en el testículo i, es valorado por médico el cual envía ecografía de testículo, con reporte es comentado con cirujano pediatra el cual valora y programa para cirugía, la madre dio al niño vía oral sin autorización a 14:00 horas, por lo cual no es posible el procedimiento hasta completar el ayuno se verifican derechos autoriza Lina Salgado se envió HC por fax".*

p) A las 18:41 horas el paciente ingresa a cirugía, según anotación de la enfermera Orozco Cardona María Eucaris, con el profesional Figueroa Gutiérrez Luis Mauricio.

q) A las 20:06 horas, la auxiliar de enfermería consigna que *ingresa niño a sala de cirugía 1 para realizarle el Dr Figueroa orquidectomía. Niño llega procedente de urgencias en silla de ruedas con lev en MSI pasando dextrosa (...) inicia cirugía (...) testículo izq el cual se encuentran necrosado y extraen para enviar a patología ... termina cirugía, infiltran hda con bupi simple suturan hda y dejan cubierto con micropore limpio y seco ... niño sin ninguna complicación y se traslada a la sala de recuperación despierto, respirando bien. Reporte de patología, recuperación y traslado a piso.*

r) En nota de intervenciones OX de las 20:10 horas, intervención: orquiectomía (testículo) sod +. Hallazgo: testículo izquierdo sin flujo 3 vueltas de torsión se deja 5 mun y no se recupera se incide la albugínea sin sangrado, vasos trombosados. Se dispuso formulación intrahospitalaria y formulación ambulatoria.

s) Luego de otras anotaciones, a las 20:30 horas por nota de anestesiólogo Martínez Valencia David Alberto, se indicó entre otras cosas, *... se revierte relajación muscular residual ... buena estabilidad*

hemodinámica, no complicación se pasa extubado a recuperación. Finalmente, luego de otras notas del personal médico parte del procedimiento quirúrgico, a las 22:58 horas se da de alta al paciente.

No emerge de la sola lectura del documento y del recorrido de las atenciones médicas algún error, impericia, negligencia, imprudencia o sustracción a la *lex artis* por parte del personal médico de la IPS Comfamiliar. Por eso es que se destacó la importancia de las pruebas técnicas, para probar las afirmaciones que se hacen en la demanda.

Lo único que está claro de todo el relato fáctico, es que el día 17 de abril de 2012, el niño fue atendido por médicos generales, no por un pediatra; pero de esa sola circunstancia, no se sigue que el diagnóstico inicial hubiera sido equivocado, o que desencadenara el daño sufrido posteriormente, pues, de acuerdo con la jurisprudencia atrás citada, el dolor abdominal que presentaba podía obedecer a múltiples patologías, de ahí que fuera necesaria la ecografía que se le ordenó, una vez se calmó el dolor intenso, para establecer cuál podía ser la causa del mismo. Ese examen fue tomado y no reveló ninguna patología importante.

Tampoco puede concluirse que al niño no se le hizo una valoración física completa. Lo que percibe la Sala de la nota dejada a las 21:35 de ese día, es que se revisaron sus vías respiratorias, los pulmones y el corazón, el abdomen y las extremidades. Recuérdese que en esa nota quedó dicho que la doctora Beatriz Helena Zuluaga consignó que se trataba de un paciente consciente, asténico, álgido y diaforético, con leve palidez mucocutánea, mucosas hidratadas, anictérica, cardiopulmonar sin alteraciones, abdomen blando, doloroso a la palpación en hemiabdomen inferior, peristaltismo disminuido, extremidades eutróficas y neurológico sin déficit. Se diagnosticó "*OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS*" y se

indicó un plan basado en exámenes de laboratorio, imagenología, formulación intrahospitalaria y administración de medicamentos.

Distinto es que para ese momento no se hallara una manifestación propia del diagnóstico que lo llevó a la cirugía, que fue la torsión testicular.

Y es que, este punto es determinante, porque, ni antes de su ingreso el día 17, ni luego de su egreso al amanecer del 18, o después de la ecografía ese mismo día 18, ni el 19, al menos en el día, hubo una expresión de dolor, y menos de la torsión que, como se verá, es de muy rápida evolución y de características especiales, mismas que, antes de que la señora madre del niño notara su color rojizo y la inflamación, eran desconocidas.

Lo que manifestó la mamá al ingreso el día 20, es que la noche anterior, esto es, el 19, se volvió a presentar el dolor y que en la mañana del 20, notó en el niño la dificultad para caminar y que su testículo estaba colorado e inflamado, por lo que decidió volver a la clínica, solo que, como la misma historia enseña, lo hizo en horas de la tarde, después de las dos, y entre la valoración, los exámenes y la cirugía transcurrieron un poco más de tres horas.

Esto revela a la Sala que, objetivamente vista la situación, a la luz de la prueba aportada, que, salvo por el dicho de los demandantes en sus interrogatorios y el de un par de testigos, se limitó a la historia clínica, la atención fue oportuna en ambas ocasiones, el diagnóstico correspondía a los síntomas propios de cada momento, se tomaron los exámenes que eran necesarios, a juicio de los galenos, para verificar la situación real del menor. Es decir, que no se advierte allí la falla médica que se les quiere endilgar a los profesionales.

Sea oportuno decir aquí que antes que la culpa, el juzgado ha debido analizar el nexo causal; mas, como el fallo alude a aquel

elemento y las réplicas se fundan en ello, la respuesta de la Sala debe girar en torno a las mismas, sin perjuicio de que se diga, eso sí, que aún si se hubiera acreditado la impericia o la negligencia en la atención del 17, solo porque la atención la brindó un médico general y no un pediatra, quedaría por demostrarse ese otro elemento de la relación causal, por cuanto tendría que llegarse a la conclusión de que la torsión testicular venía desde el mismo 17, lo que carece de todo respaldo probatorio, y que fue por la inadecuada prestación del servicio de ese día que se tuvo que recurrir a la extirpación del testículo del niño el día 20. Y allí sí que hay una orfandad probatoria evidente. Es más, por ahí ha debido continuar el análisis el juzgado, pues lo alcanzó a mencionar, cuando señaló que los demandantes incumplieron la carga de *“demostrar que para el 17 de abril cuando se le hizo la atención temprana, el niño ya tuviera esa patología de la torsión testicular”*, con lo que se encaminaba hacia el nexo causal, aunque después terminó concluyendo que no se acreditó la culpa galénica.

Ahora, esa conclusión que emerge de la historia clínica, tiene respaldo en el testimonio técnico rendido en la audiencia del artículo 373 del CGP, (vídeo, minuto 35:40)³⁷, por el médico pediatra Dr. Luis Mauricio Figueroa Gutiérrez, quien realizó la cirugía del paciente, y adujo que *“...de acuerdo al número de horas de evolución que en esta enfermedad es bastante corto, cuando el testículo tiene casi que siempre unas doce horas de evolución más o menos la opción de recuperación es del 20%, es decir, doce horas de torsión, cuando hay menos de seis horas al destorcerlo casi que el 100% se logra recuperar, o sea, es dependiente del tiempo, entre más rápido se logre, se rescatan más órganos (...) cuando ya pasan muchas horas, estoy diciendo después de doce horas, está casi que perdido el 80% de las veces, ya no hay qué hacer, y hay que extraer el órgano (...) Casi siempre en seis horas se logra salvar (...), eso depende del número de vueltas que se dé (...)”*.

37<https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/5bb28d84-5306-47fb-8d19-e9d924bd7192?vcpubtoken=8011b420-cb99-4c9b-a073-a622f22d06af>

Y agregó, que si el dolor se causa en la noche del día anterior y se espera hasta la mañana siguiente, ya han pasado doce horas. Generalmente se manifiesta con un " *dolor súbito muy muy fuerte en uno de los dos escrotos, en el derecho o en el izquierdo y hay unos puntajes que incluyen las náuseas y el vómito, es tan intenso el dolor que el paciente presenta ganas de vomitar y adicionalmente la mamá puede ver que el testículo está mal posicionado, cuando ella mira las bolsitas del niño, la mamá puede ver que el testículo está horizontal o elevado con respecto al otro, ya cuando pasa el tiempo, se presentan otras manifestaciones el testículo se pone duro, el escroto se pone rojito e inflamado, pero entonces, si solamente es el dolor es una alarma que muchas veces puede no ser tomada en cuenta por la mamá para la consulta inmediata, no siempre el dolor es lo mismo, entre más vueltas y más grave la cosa, más síntomas, pero en general es un dolor en el escroto en el lado afectado, (...) en el abdomen rara vez, generalmente duele primero el escroto, el testículo (...)*. Señaló que en el caso de los niños el dolor se puede interpretar de muchas maneras y en los adolescentes, es porque les da pena.

Dijo que el dolor es progresivo, y es poco probable que mejore con analgésicos, y el cambio en el testículo sigue progresando, se inflama, se pone rojo, pero luego se pone como un hematoma; *cuando pasan los días es más evidente (..) los cambios son en horitas, son rápidos pero tampoco inmediatos, primero hay el dolor, como le digo, las náuseas, el vómito puede que no las haya pero la mayoría de las veces sí, la ubicación del testículo en la bolsita también ayuda y luego se presenta la inflamación del escroto y los cambios en la dureza del testículo.*"

Sobre las consecuencias de la falta de un testículo, dijo que el número de espermatozoides se puede disminuir en el momento de la eyaculación, pero normalmente la parte funcional hormonal el otro

testículo asume las funciones, la producción de hormonas y la virilización del paciente. Puede afectarse la fertilidad, pero con el número de espermatozoides que produce el otro testículo se logra ser fértil; se afecta el aspecto personal, de imagen; y no se reduce la capacidad laboral.

Terminó diciendo que a un menor con cuadro de abdomen agudo, debe examinársele todo el cuerpo.

Este dato coincide con lo que indica la 3ª edición de las Guías para Manejo de Urgencias, Tomo II, según las cuales, las manifestaciones clínicas de la torsión testicular suelen ser³⁸ *"...de inicio súbito, de gran intensidad, comúnmente asociado a síntomas neurovegetativos tales como náuseas y vómito, el examen físico revela eritema, edema, dolor testicular a la palpación y elevación del escroto.*

Este testimonio, aunque debe ser mirado con mayor celo por tratarse de un profesional que presta servicios en la clínica de propiedad de la demandada, no desmerece por sí mismo; el relato que el testigo hizo fue espontáneo, completo, convincente, explicativo de las condiciones del menor antes de la cirugía, y da a entender que, lamentablemente, el tiempo transcurrido desde cuando se percibió la patología relacionada con la torsión del testículo, que pudo haber iniciado en la noche del 19 de abril, hasta el momento de la cirugía, jugó en contra de la integridad física del niño: y hay que ver cómo, desde el arribo el día 20 a urgencias y el inicio de la cirugía, el tiempo fue apenas superior a tres horas.

Con este dicho, mirado en conjunto con la historia clínica, se repite, no es posible determinar con algún grado de certeza, que el episodio patológico que presentó el niño en la visita a urgencias el 17 de abril de 2012, fuera el mismo que mostró el 20 siguiente, en primer

38 Pág. 289, Guía para Manejo de Urgencias, Tomo II

lugar, porque al tratarse de un dolor tan intenso, fácilmente una persona de esa edad pudiera haber determinado la zona en que se presentaba; en segundo término, para esa fecha no presentó náuseas ni vómito; en tercer lugar, de haberse manifestado esa patología desde el 17 o antes, e incluso el 18 o el 19 de abril, la madre o el padre lo hubieran percibido sin dificultad al bañarlo, y ello no fue así. Al absolver ambos los interrogatorios durante la audiencia del artículo 101 del CPC, dijeron al unísono que no le notaron nada anormal en ese lapso; aún más, señalaron que durante el 18 y el 19 en el día, el niño estuvo normal. Y ni modo de concluir, sin un criterio técnico, que el medicamento suministrado el 17 hubiera ocultado por tanto tiempo esos síntomas.

Se recaudó otro testimonio, el del especialista Jaime Martínez Cano (Audiencia Artículo 373 CGP, minuto 1:32:28), que sirvió de apoyo para el fallador bajo el calificativo de testigo técnico, como también lo hizo la apoderada de la Clínica Comfamiliar. Mas, valga señalarlo, tal deponente carece de esa condición, por cuanto no participó en ninguna de las atenciones brindadas al niño, con lo que, no percibió, directa o indirectamente los hechos y lo que caracteriza a un testigo de esa índole es que, además de haber conocido lo hechos, tiene conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre los que se le puede indagar, para aclarar una determinada situación. 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 Hasyr 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) ...

De ahí que, si ese deponente no atendió al paciente, como claramente lo advirtió al comenzar su intervención, es inadecuado calificarlo de testigo técnico. 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 concentra en hechos que no percibió, por un lado; por el otro, tiene como fundamento únicamente la historia clínica, y no viene soportado en estudios científicos que permitan concluir su grado de validez.

Hecha esa salvedad, si en gracia de discusión se tomara en cuenta esta declaración, en conjunto con el testimonio técnico y la historia clínica, no haría más que ratificar lo que hasta aquí se ha dicho y la posición del juzgador de primer grado, en el sentido de que la atención al niño el día 17 correspondió a la condición clínica que para ese día presentaba, y la del 20 también, en cuanto, con los síntomas presentados, se diagnosticó la torsión testicular y se procedió en consecuencia.

2.13. Como corolario de lo dicho, es válido señalar que fue razonable el estudio que del caso efectuó el funcionario de primer grado con soporte en la historia clínica y el testimonio técnico recaudado, pues el escaso material probatorio no revela la imprudencia, la negligencia, la impericia o la falta de cumplimiento de reglas que se les endilga a las demandadas, por lo que ninguno de los reparos tiene la virtud para quebrar el fallo, así que será prohijado.

Las costas en esta instancia serán a cargo de los recurrentes y a favor de la parte 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 3 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía (Risaralda), en este proceso de responsabilidad médica que **Diego Fernando Ortiz Henao, Yessica Zapata González**, en nombre propio y en representación de su hijo **Nicolás Ortiz Zapata, María Fabiola Henao López y Margory González Loaiza** frente a **la Nueva EPS S.A.** y la **IPS Caja de Compensación Familiar de Risaralda - COMFAMILIAR Risaralda**, al cual fue llamada en garantía **la Previsora S.A. Compañía de Seguros**.

Costas en esta sede a cargo de la parte recurrente y a favor de las demandadas. Se liquidarán en la forma indicada.

Notifíquese,

Los Magistrados,

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS

DUBERNEY GRISALES HERRERA

(Ausencia justificada)

Firmado Por:

Jaime Alberto Zaraza Naranjo
Magistrado
Sala 004 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: **55ef3a0cf27ed23c172077fb9ec968b4fae2e3877aa40dd9cc4193877d218321**

Documento generado en 16/12/2021 11:50:55 AM

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