

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
JUZGADO DIECIOCHO CIVIL DEL CIRCUITO
Santiago de Cali, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia Nº 190/

REFERENCIA:	ORDINARIO RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA
RADICACIÓN:	760013103014-2013-00045-00;
DEMANDANTE:	WALTER ALFONSO GUEVARA Y OTROS
DEMANDADO:	SALUDCOOP EPS

I. ANTECEDENTES

Mediante demanda presentada a través de apoderad judicial, los señores WALTER ALFONSO GUEVARA y ELISA INÉS CLAROS OCAMPO en nombre propio y en representación del menor JUAN MANUEL GUEVARA CLAROS, solicitan se declare civilmente responsable a LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO - SALUDCOOP EPS, por la totalidad de los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales ocasionados a sus mandantes en razón al presunto mal diagnóstico médico dado por los galenos que evaluaron al menor JUAN MANUEL GUEVARA CLAROS, por los siguientes perjuicios:

1. **PERJUICIOS MORALES**, a favor de los señores WALTER ALFONSO GUEVARA Y ELISA INES CLAROS OCAMPO en calidad de padres de la víctima y JUAN MANUEL GUEVARA CLAROS, en su calidad de víctima; en la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, o lo máximo establecido por la jurisprudencia al momento del fallo, para cada uno de los demandantes.
2. **DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN**, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o lo máximo establecido por la jurisprudencia al momento del fallo, para cada uno de los demandantes, ya que durante el tiempo que los demandantes WALTER ALFONSO GUEVARA, ELISA INES CLAROS OCAMPO y JUAN MANUEL GUEVARA CLAROS, permanecieron en la ciudad de Cali, no tuvieron la posibilidad de realizar actividades placenteras que se pueden realizar estando en familia.
3. **PERJUICIOS MATERIALES, EN DAÑO EMERGENTE O PERJUICIOS PATRIMONIALES**, por concepto de gastos sufragados con ocasión al daño sufrido en razón al supuesto mal dictamen médico, dado por los galenos que evaluaron al mejor JUAN MANUEL GUEVARA CLAROS, en la suma de \$5.664.000.

4. Se condene en costas a las demandadas y al pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Como **HECHOS**, se indican:

1. Que el día 16 de octubre del año 2006 siendo las 8:45 de la mañana, el menor Juan Manuel Guevara Claros con apenas 2 años y 9 meses de edad, presentaba fiebre, vómito y dolor abdominal por lo que es llevado por sus progenitores Walter Alfonso Guevara Núñez y Elisa Inés claros Ocampo a urgencias de la Clínica Santillana Corporación IPS Saludcoop Occidente, por ser afiliado a Saludcoop EPS. También llevaron a su otro hijo, Juan Diego Guevara Claros de un año de edad, porque presentaba síntomas similares más no iguales a los de su hermano.
2. Que ambos hermanos fueron atendidos por el médico de turno, Dr. Harrison Avedaño Correal, quién primero atendió a Juan Diego, diagnosticándole gastroenteritis de presunto origen infeccioso, es decir, "rotavirus"; posteriormente, revisó muy superficialmente a Juan Manuel, diagnosticándole diarrea y gastroenteritis de presunto origen infeccioso. Les formuló metoclopramida y acetaminofén en las cantidades correspondientes para el peso de cada uno, sin tener presente que Juan Manuel Guevara Claros continuaba con el dolor abdominal, sin embargo, atribuyó dicho dolor a gastroenteritis.
3. Posteriormente los demandantes se trasladaron a la ciudad de origen, Buenaventura, en donde el niño Juan Manuel Guevara claros continuaba con dolor abdominal y fiebre alta, por lo que fue llevado al CIS de COMFAMAR IPS que se sitúa en las afueras de la ciudad de Buenaventura siendo atendido por el "doctor Marlon" de origen ecuatoriano, de quién no se sabe su apellido por no ser legible su firma, quién le aplicó dipirona para bajar la fiebre y le diagnosticó diarrea y gastroenteritis de presunto origen infeccioso, enfatizando que si el dolor abdominal continuaba lo volvieran a llevar a urgencias.
4. El día siguiente, 18 de octubre de 2006, el menor Juan Manuel Guevara Claros continuaba con el dolor abdominal, motivo por el cual fue llevado nuevamente a urgencias del CIS de COMFAMAR IPS, siendo atendido por la Dra. Alexandra Santillán quién le ordenó aplicar otra vez el medicamento dipirona para bajar la fiebre. Posteriormente, ordenó la practica de ayudas diagnosticas, tales como exámenes de hemograma, parcial de orina y coprológico. Para ese día será la tercera urgencia y el quinto día de dolor abdominal.
5. Expresa que los exámenes no se practicaron de inmediato sino al día siguiente; los resultados fueron entregados a las 5:00 pm del día 19 de octubre de 2006 y esa

misma tarde se pusieron en conocimiento de la Dra. Alexandra Santillán quien manifestó como diagnóstico que el niño se encontraba lleno de parásitos, formulando el medicamento Pirantel y trimetropin, de ahí que el día 20 de octubre se produjera la ingesta del medicamento tal como fue recetado.

6. Posterior al inicio del tratamiento ordenado por la Dr. Santillana, el menor Juan Manuel Guevara Claros se agravó, razón por la cual sus padres decidieron llevarlo a COMFAMAR IPS principal ubicada en el centro de la ciudad de Buenaventura en dónde fue atendido por el Dr José Beltrán, quién de inmediato llamó a cirujano de turno Dr Carlos Gallego quién no pudo operarlo por falta de realización de un examen especializado y radiografía, los cuales tenían autorización de practica hasta el día lunes por ser un día sábado. El Dr Gallego decidió remitirlo a otra Institución, debido a una posible apendicitis, sepsis de origen gastrointestinal y EDA bacteriana, siendo remitido a la Ciudad de Cali a la Clínica Santillana.

Por no existir ambulancia en COMFAMAR IPS, los padres se vieron obligados a contratar un vehículo de servicio público (taxi) para su traslado, cancelando la suma de \$ 170.000, además, se vieron abocados a esperar la designación de una enfermera que los acompañará en el viaje.

7. Arriban a la Ciudad de Cali a eso de las 4 de la mañana, dirigiéndose directamente a la Clínica Santillana donde la atención fue inmediata. La pediatra de turno Dra Esther Julia Gutiérrez conoció el estado en el que se encontraba el menor Juan Manuel Guevara Claros, quien a esa hora se encontraba taquicárdico, febril, con abdomen distendido, decaído y con dolor abdominal intenso, de ahí que se le practicaran los exámenes y radiografías pertinentes.
8. El cirujano pediatra Dr Guillermo Sarmiento estaba disponible para operar al niño de forma inmediata pero la cirugía tardó algunas horas pues no se ubicaba una unidad de cuidados intensivos, porque las clínicas con convenio de UCI pediátrico estaban totalmente copadas. Debido a la familiaridad con un médico se pudo gestionar un cupo en la UCIPED de la clínica Rafael Uribe Uribe, sin embargo, dicha entidad no tiene convenio con SALUDCOOP EPS.
9. El cirujano pediatra Dr. Guillermo Sarmiento le practicó una laparotomía aguda perforada con peritonitis generalizada y luego fue remitido a UCIPED del I.S.S Rafael Uribe Uribe, siendo ya el día 22 de octubre de 2006.
10. El día 27 de octubre de 2006, el menor Juan Manuel fue intervenido por obstrucción por bridas; y el 31 de octubre, le practicaron la cirugía por eventración abdominal, todo esto acompañado de transfusiones de sangre, alimentación TPN, Fiebre de 40

por adquirir una bacteria de nombre cándida y un estafilococo complicando la recuperación del menor.

11. Que el día 3 de noviembre, fue remitido por motivos administrativos a la unidad de cuidados intensivos de la Clínica Rey David donde estuvo hasta el día 8 del mismo mes, día que ingresó a una habitación donde permaneció hasta el 15 de noviembre cuando fue dado de alta.
12. El menor Juan Manuel estuvo internado más de 25 días terminando con trauma emocional, psicológico y psíquico, así como para sus progenitores al verse obligados de cambiar de residencia de forma temporal, dejando a sus otros hijos al cuidado de dos señoras del servicio doméstico, debiendo cancelar por el servicio la suma de \$500.000.
13. Por el cambio de residencia de carácter temporal los demandantes al ser trabajadores independientes, se vieron obligados a devolver anticipos de dinero por contratos laborales por valor de \$3.000.000. Asimismo, se vieron en la tarea de asumir gastos de estadías en la Ciudad de Cali, entre ellos, alimentación, transporte y alojamiento por valor de \$1.774.000. Asumir el pago de la cuota moderadora por el servicio de hospitalización, exámenes y demás, suma que asciende a \$117.096.
14. Para la fecha de salida del menor de la clínica Rey David de la Ciudad de Cali (15 de noviembre de 2006) se vieron en la obligación de asumir el gasto de transporte para el traslado a su ciudad de origen Buenaventura, debiendo contratar un vehículo de servicio público, el cual le cobro la suma de 100.000. Además, han tenido que trasladarse a la Ciudad de Cali para valoración en psicológica del menor Guevara Claros, gastos que han sido asumidos de forma personal en la suma de \$300.000. Así mismo, debieron asumir gastos de traslado para valoración post operatoria en dos ocasiones con el cirujano pediátrico por valor de \$160.000.
15. Que al momento de la presentación de la demanda, el niño Juan Manuel Guevara Claros se queja de dolor abdominal y dolores de cabeza, su herida tiene un abultamiento al lado derecho que según el médico tratante puede ser una hernia, una eventración y acumulación de líquido, que podría requerir cirugía; además de que a corto plazo podría presentar nuevamente obstrucción intestinal.

En cuanto a la **ACTUACIÓN PROCESAL**, se tiene:

Mediante auto interlocutorio N° 427 de fecha 06 de febrero de 2009, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, quien conoció del proceso admitió la demanda y ordenó notificar a la parte demandada.

La entidad demandada SALUDCOOP EPS contestó la demanda a través de apoderado judicial (ver folio 141), oponiéndose a todas las pretensiones, pues señaló que cumplió con sus obligaciones dentro del régimen ya que prestó los servicios requeridos por el paciente y los que se encontraba obligado contractual y legalmente. De esta forma, su prohilada se ciñó a los postulados que el sistema general de seguridad social en salud le impone en su condición de EPS, garantizando el acceso a los servicios de salud a través de una red prestadora de servicios de salud.

Así mismo, formula las siguientes excepciones de fondo:

1ª *"CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE SALUDCOOP EPS"*. Sustentada de conformidad con la ley 100 de 1993, de ahí que exponga que SALUDCOOP EPS ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones ya que prestó los servicios requeridos por el paciente de acuerdo con las obligaciones legales y contractuales establecidas. Señala que la norma en mención, indica que el sistema general de seguridad social en salud creó entidades para administración y financiación, esto es, las entidades promotoras de salud EPS y otras, para la prestación de los servicios de salud IPS.

2ª *"AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD"*. Expone que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quién ha causado un daño en forma ilícita debe indemnizarlo ya que está obligado a repararlo; dentro de la responsabilidad civil médica la jurisprudencia ha manifestado que el médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo siendo esta una obligación de medio y no de resultado. De esta forma, se debe demostrar la culpa del médico para la estructuración de la responsabilidad civil. En ese orden, en el presente caso, no se configura ninguno de los presupuestos mencionados, toda vez que el actuar de SALUDCOOP EPS se ciñó a los postulados que el sistema general de seguridad social en salud le impone en su condición de EPS.

3ª. *"EXIGENCIA DE OBLIGACIONES DE MEDIO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD"*. Indica que la obligación del médico es de medio por lo que para deducir su responsabilidad debe probarse que su actuación fue descuidada o negligente, es decir, debe probarse su culpa, además del daño y el nexo entre ambos. En el proceso se deberá probar qué el médico incurrió en un error de diagnóstico, que no hizo los exámenes preliminares de rigor, que aplicó una terapia equivocada, no empleó la debida diligencia o cuidado y sometió al paciente a riesgos injustificados.

4ª. *"EXCESIVA TASACIÓN DE PERJUICIOS"*, Expone que las acciones civiles o administrativas buscan el resarcimiento de perjuicios, empero, no pueden solicitarse

excesivamente, pues podría constituirse en fuente de enriquecimiento ilícito para quienes lo solicitan. Por ello, el accionado se opone a la condena de perjuicios morales, ya que nos encontramos frente a un proceso reparatorio, compensatorio, por lo que la sanción no podrá constituirse en una fuente de enriquecimiento para los demandados sino el resultado de la valoración judicial en el caso.

Sumado a lo anterior, presentó en escrito separado, llamamiento en garantía en contra de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE BUENAVENTURA - COMFAMAR, la cual fue inadmitida a través del auto interlocutorio de fecha 07 de mayo de 2009; posteriormente fue subsanada la demanda y como consecuencia, admitida a través del proveído No. 3619 del 17 de julio de 2009, quien se tuvo notificada personalmente el día 25 de enero de 2010 y dentro del término procesal establecido, a través de apoderado judicial presentó contestación (ver folio 190 del c.1), oponiéndose a todas las pretensiones, bajo el argumento, que la demanda se torna infundada por no existir causa, nexo causal, culpa, ni falla institucional o daño indemnizable, ya que las condiciones de salud del paciente no tuvieron origen en acto institucional ni en una conducta profesional médica; por el contrario, tiene por demostrado el cumplimiento de todos los procedimientos esperados en tanto prestó al paciente toda la atención médica necesaria, oportuna y pertinente de acuerdo a su sintomatología evidenciada.

Por ende formuló las siguientes excepciones de fondo:

1ª. *"INEXISTENCIA DE CULPA EN CABEZA DEL PERSONAL MÉDICO QUE ATENDIÓ AL MENOR DURANTE SU ESTADÍA EN LAS CLÍNICAS COMFAMAR BUENAVENTURA"*, manifestando que en ningún momento se obró con negligencia, imprudencia, impericia o bajo la violación de los procedimientos, protocolos clínicos o normas legales, al efectuarse diferentes diagnósticos y procedimientos realizados por el personal médico que prestaron los servicios de salud.

2ª. *"ABSOLUTA AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD EN CABEZA DE COMFAMAR BUENAVENTURA, POR LOS SUPUESTOS PERJUICIOS RECLAMADOS E INDEMNIZADOS PARA LOS DEMANDANTES"*, manifiesta que existe una ausencia de obligación en cabeza de COMFAMAR de indemnizar a los demandantes, ya que los galenos brindaron atención médica al paciente actuando de forma diligente, con experticia, inmediatez y procurando el restablecimiento óptimo de la salud del paciente.

3ª. *"INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CONFORME LO DISPONE LA LEY"*, fundándosla en el artículo 13 del Decreto 3380 de 1981, el cual dice que *"Teniendo en cuenta que el tratamiento o procedimiento médico puede comportar efectos adversos o de carácter imprevisible, el médico no será responsable por riesgos, reacciones o resultados*

desfavorables, inmediatos o tardíos de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico.”

4ª. *“EXONERACIÓN POR CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE MEDIO”*, sustentado en que la obligación que el médico contrae frente al paciente es de medio y no de resultado, por lo que se obliga a ejecutar una conducta diligente y con oportunidad, lo cual fue desplegado por los médicos tratantes que atendieron al menor, pues tuvieron una conducta oportuna, correcta y conducente según el cuadro clínico presentado por el paciente.

De igual forma, presentó en escrito separado, llamamiento en garantía en contra de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, la cual fue admitida a través de auto No. 1385 del 23 de marzo de 2010, quien se tuvo notificada personalmente el día 07 de mayo de 2010, y dentro de la oportunidad procesal, presentó contestación a través de apoderado judicial (Folio 255 del c.1), oponiéndose a todas las pretensiones bajo la justificación de que la acción carece de fundamentos fáctico y jurídicos que hagan visible su prosperidad, pues es inexistente la responsabilidad en cabeza de los demandados, como quiera que la atención brindada al menor fue oportuna y adecuada de acuerdo con la sintomatología que el niño presentaba. Que la apendicitis en múltiples ocasiones es de difícil diagnóstico y en el caso que nos ocupa, el paciente presentaba una sintomatología atípica, que en un principio no evidenciaba signos de sospecha clínica para dar con el diagnóstico de apendicitis aguda.

Como consecuencia, formulo las siguientes excepciones de fondo:

1ª. *“INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD DEMANDADA Y DE LA LLAMADA EN GARANTÍA COMFAMAR”*, manifiesto que es inexistente la responsabilidad que señalan los demandantes, como quiera que al menor Juan Manuel Guevara Claros, se le brindó de manera oportuna y perita la atención que requirió de acuerdo con la sintomatología que presentaba, la cual se encuentra ajustada a los protocolos de la Lex Artis. Expone que en el caso que nos ocupa, las obligaciones contraídas son de medio y por ende no puede presumirse la culpa; ahora bien, la atención y acciones terapéuticas aplicadas al paciente, se observan diligentes y cuidadosas y por ende su conducta está exenta de culpa, luego no puede atribuirse ningún tipo de responsabilidad civil o profesional por los perjuicios alegados por la parte actora, pues las complicaciones del paciente obedecieron a causas ajenas a la prestación de los servicios médicos y asistenciales. Por lo anterior, no existe prueba de la transgresión de la Lex Artis y por ende, no habiendo culpa atribuible, es imposible la prosperidad de la demanda.

2ª. *“ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”*, manifiesta que hay perjuicios que no están probados, por lo que los demandantes no pueden acceder a peticiones como las demandadas, en cuanto constituyen la búsqueda de indemnización de un detrimento no padecido.

Una vez el proceso fue remitido ante los jueces civiles para su conocimiento en virtud de la ley 1564 de 2012, se avoca conocimiento y a través del auto de sustanciación N° 604 del día 11 de agosto de 2012, se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 101 del C. de P. C., la cual se llevó a cabo el día 19 de noviembre de 2014 sin mayor trascendencia. Por auto interlocutorio N° 2587, se decretaron las pruebas, incorporándose los documentos aportados por las partes, así como se ordenó recibir los testimonios e interrogatorios solicitados y librar los oficios necesarios para la aportación de las demás pruebas solicitadas y la práctica de dictamen pericial.

A través del auto No. 0444 de fecha 23 de abril de 2012, se avocó conocimiento del presente proceso por parte del Juzgado Veinticinco Adjunto de Descongestión del Circuito de Cali, quien señaló fecha y hora para llevarse a cabo audiencia de recaudo de prueba testimonial.

Por auto de fecha 03 de septiembre de 2012, se avocó conocimiento del presente proceso por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali y por auto No. 93 de fecha 14 de febrero de 2013, avocó el conocimiento el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali, quien señaló fecha y hora para llevar a cabo audiencia de recibimiento de prueba testimonial a los señores GLORIA VANEGAS y MARIA DEL MAR ARANGO y además, requirió a la parte actora para que informe al despacho sobre el resultado del despacho comisorio No 07 librado con el fin de recibir testimonios en la ciudad de Buenaventura.

A través del auto No. 1072 de fecha 06 de agosto de 2014, se requiere a la parte demandante para que dentro del término de 5 días cumpla con lo dispuesto en el numeral 2 el auto 208 de marzo 5 de 2014, so pena de tenerse por desistidas las pruebas faltantes.

Mediante auto No. 1477 de fecha 14 de octubre de 2014, se tiene como desistidas las pruebas decretadas y no practicadas y se declara precluida la etapa probatoria.

Por auto de fecha 10 de septiembre de 2015, se avocó conocimiento del presente proceso por el Juzgado Quinto Civil de Descongestión de Cali, quien ordena agregar a los autos los escritos contentivos de alegatos de conclusión presentados por los apoderados judiciales de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DEL VALLE DEL CAUCA, MAPFRE SEGUROS Y SALUDCOOP EPS.

Por auto de fecha 06 de abril de 2016, el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Cali avocó el conocimiento del asunto y por auto de fecha 19 de julio de 2017, esta Judicatura avocó conocimiento, asumiendo la carga que nos ocupa.

A través de la sentencia No 067 del 23 de febrero de 2022 se negaron las pretensiones solicitadas por la parte demandante; sin embargo, nuestro superior funcional, Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Cali a través del auto de fecha 14 de octubre de 2022 emitido por el Magistrado Ponente Dr. JULIÁN ALBERTO VILLEGAS PEREA, declaró la nulidad de la sentencia y como consecuencia, ordenó reconstruir el presente expediente en lo relacionado con las actuaciones afines con las pruebas que fueron objeto de comisión ante el Juez Laboral de Buenaventura y, posteriormente, se dicte la sentencia que en derecho corresponda, lo cual fue obedecido a través del proveído de fecha 4 de mayo del 2023 y practicado por medio de la audiencia judicial realizada el día 1 de junio del presente año.

II. CONSIDERACIONES:

1. PRESUPUESTOS PROCESALES.

Los presupuestos procesales de la demanda en forma y la capacidad para ser parte, se observan cumplidos, en tanto en su momento se resolvió sobre la demanda sin que se hubiera presentado objeción alguna ni presentado excepciones previas. Igualmente, se tiene que tanto la parte demandante como demandada son personas naturales y jurídicas que disponen libremente de sus derechos y por ende, con capacidad para obligarse y además, se encuentran debidamente representadas por apoderado judicial.

Así mismo, se tiene que este juzgado es competente para resolver la acción, tanto por la naturaleza del asunto, como por el domicilio de las personas demandadas y el lugar donde ocurrieron los hechos.

De otra parte, no se observa ninguna causal de nulidad que pueda declararse oficiosamente, ni las partes han allegado causal alguna que pueda invalidar lo actuado.

El **PROBLEMA JURÍDICO** a resolver no es otro que establecer si en este caso *¿Se estructuran los elementos de la acción indemnizatoria demandada, esto es, si concurre en las entidades demandadas en los presupuesto de la responsabilidad civil contractual, concretamente, por falla médica - error de diagnóstico, por el cual puede accederse a la indemnización por los daños, debido a un mal dictamen médico por parte de los galenos que evaluaron al menor JUAN MANUEL GUEVARA CLAROS?*

En cuanto a los **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**, tenemos:

La responsabilidad civil es fuente de obligaciones que recae sobre una persona, natural o jurídica, para reparar el daño o perjuicio que ha causado a otro, sea en su integridad física o en sus bienes, por un equivalente monetario (normalmente mediante el pago de una

indemnización de perjuicios). Es la consecuencia jurídica de una relación de hecho, o sea, la obligación del autor de reparar el daño causado.

La responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual; la responsabilidad contractual resulta de la inejecución parcial o total, o de ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. Por ello, es necesario demostrar la existencia de la respectiva relación contractual, como primer elemento de este tipo de responsabilidad. Mientras que la responsabilidad extracontractual, se da cuando se viola una norma jurídica o la ley (en sentido amplio).

La responsabilidad civil contractual se estructura ante la existencia de un hecho dañoso que provoca un detrimento en la víctima y por tanto, el deber de resarcir; el daño es la consecuencia que se genera por la inobservancia de las obligaciones o deberes que se dan en medio del vínculo o contrato existente.

La responsabilidad civil supone siempre una relación entre dos sujetos: el causante de un daño y quien lo ha sufrido; es entonces la consecuencia jurídica de una relación, es decir, la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio causado, de ahí que tal responsabilidad se resuelve en todos los casos en la obligación de reparar, por parte de quien ha causado el daño, indemnizando el perjuicio; no obstante, puede ocurrir que el autor del daño, no es obligado a repararlo, dadas las exoneraciones previstas por la ley.

Dentro de la legislación Colombiana, se acoge el principio subjetivo de responsabilidad, el cual está fundado en la existencia de dolo o culpa en el agente, de ahí que sin culpa no hay responsabilidad. Sin embargo, también se encuentra planteada la responsabilidad en forma objetiva, en la cual no es elemento fundamental el dolo o la culpa con que haya actuado el agente, como en las actividades peligrosas.

La responsabilidad civil contractual tiene su origen en el Código Civil, artículo 1602 en el que establece que el contrato será ley para las partes, por lo que, al incumplir dicho contrato se genera una responsabilidad de reparar por el daño causado.

*"ARTÍCULO 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."*¹

Dentro de la responsabilidad civil contractual, debe existir la presencia y comprobación plena de los siguientes elementos:

i) la existencia de un contrato válido,

¹ Artículo 1602, Código Civil

- ii) la existencia de un daño cierto y directo,
- (iii) que haya una conducta culposa del deudor, la cual se manifiesta en la inejecución, o cumplimiento tardío o defectuoso de sus obligaciones y
- (iii) relación de causalidad entre el incumplimiento del contrato o vínculo y el daño.

Ahora bien, es preciso determinar si en el **CASO EN CONCRETO** cumplen los requisitos de la responsabilidad civil contractual.

Lo primero a determinar es la **existencia del vínculo contractual de las partes**, pues bien, en Colombia la Ley 100 de 1993 ha regulado el Sistema de Seguridad Social en salud, el cual tiene como objetivo *“regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.”*, dentro de dicho sistema existen dos regímenes (contributivo y subsidiado) de los cuales dependen las condiciones de pago de los individuos afiliados para determinar a qué régimen pertenecer.

Para el caso en concreto, los demandantes se encontraban vinculados al régimen contributivo por medio de SALUDCOOP, con lo cual, se puede determinar que los padres del menor JUAN MANUEL GUEVARA CLAROS realizaban el pago de una cotización para encontrarse vinculados al Sistema de Seguridad Social en Salud. El artículo 202 de la Ley 100 de 1993 establece la definición del régimen contributivo.

“ARTÍCULO 202. DEFINICIÓN. El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y el empleador o la Nación, según el caso².”

Debe tenerse en cuenta que SALUDCOOP EPS es una entidad promotora de salud, siendo un ente administrador y de financiación, por lo que tendrá a su cargo la obligación de afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras. De esta forma, SALUDCOOP tiene la obligación de brindar los servicios médicos requeridos a través de la Instituciones Prestadoras de Salud - IPS, para ello será necesario la contratación de estas.

A razón de los hechos, en el presente caso, los demandantes junto al menor JUAN MANUEL GUEVARA CLAROS acuden a las clínicas de COMFAMAR IPS ya que esta Institución Prestadora de Salud tiene convenio con SALUDCOOP EPS para brindar los servicios médicos

² Artículo 152, Ley 100 de 1993

requeridos por los usuarios que se encuentren afiliados a SALUDCOOP. En ese orden, es preciso tener en cuenta que COMFAMAR IPS cuenta con una serie de clínicas y hospitales que prestan los servicios de salud correspondientes, y para el caso que nos concierne, en la ciudad de Buenaventura y Cali, de ahí que se pueda observar la movilización de los demandantes en estas dos ciudades.

En ese orden, es preciso aclarar que en el asunto, se encuentra demostrado dos vínculos contractuales, por un lado está la vinculación entre los demandantes y SALUDCOOP EPS, en el cual, los primeros realizan un pago de una cotización para encontrarse vinculado al Sistema de Seguridad Social en Salud y así se administre la prestación de los servicios médicos que llegasen a necesitar con una IPS. El segundo vínculo contractual se da entre SALUDCOOP EPS y la Institución Prestadora de Salud COMFAMAR IPS, en la cual, la primera busca la contratación de la segunda para que brinde los servicios médicos necesarios a los usuarios y afiliados a ella vinculados.

Ya habiéndose establecido el vínculo contractual que tienen tanto los demandantes como demandados, es menester procede a establecer la **existencia del daño que se alega**. Entiéndase daño como la lesión o detrimento que sufre el actor. Arturo Alessandri Rodríguez ha dicho que el daño es *"cualquier detrimento o menoscabo, dolor o molestia que sufra un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, créditos, afectos, creencias, etc."*³ y le incumbe al demandante demostrar el daño de cuya reparación solicita, pues así lo establece el artículo 1757 del Código Civil, al disponer: *"incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta."*

El DAÑO debe cumplir con ciertas condiciones o elementos esenciales para que se configure, estos son: el ser cierto, personal, directo y subsistente; por lo que debe existir en el momento de la presentación de la demanda.

Aterrizando al caso, según lo expuesto en la demanda el daño sufrido gravita en la práctica de tres cirugías al menor JUAN MANUEL GUEVARA CLAROS y los gastos sufridos por los padres de menor correspondientes a compra de pañales desechables, fotocopias, transporte, estadía, alimentación, devolución de dinero por incumplimiento de contrato y cancelación de copago por hospitalización.

Respecto a las cirugías practicadas, obra prueba documental que las demuestra según folios 31 al 46 del cuaderno 1, y en cuanto a los gastos ocasionados yacen los correspondientes

³ De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil, Santiago de Chile, 1987 pág., 138

recibos en los folios No 4 al 9 del mismo cuaderno; con lo cual se tiene por demostrado el segundo elemento de la responsabilidad civil demandada.

Ahora bien, ya establecido el daño que se alega, ello no es suficiente pues, en el régimen de responsabilidad médica que nos impera, el facto de atribución a tener en cuenta es el de falla probada, en el que, eventualmente, puede trasladarse la carga de la prueba, pero en todo caso responde a una responsabilidad de orden subjetivo que implica un mínimo de diligencia probatoria que permita demostrar la falta de diligencia o pericia en el actuar galénico, concretamente y para el caso que nos ocupa, la falla diagnóstica.

Respecto de este tipo de falla para poder atribuir culpa, en inveterada jurisprudencia traída a colación por los Altos Tribunales Nacionales⁴ se ha establecido:

“Responsabilidad médica por error de diagnóstico .

45. El Consejo de Estado ha definido el diagnóstico como el elemento determinante del acto médico, toda vez que es a partir de sus resultados que se elabora todo el tratamiento propiamente dicho⁵.

46. En el mismo sentido, el tribunal de lo contencioso administrativo en sentencia de 22 de enero de 2014 (Exp. 28.816) indicó que el diagnóstico constituye uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico pues los resultados que arroja permiten elaborar toda la actividad que corresponde al tratamiento del paciente.

El tribunal contencioso administrativo aclaró que el diagnóstico se encuentra conformado por dos etapas, la primera es aquella donde se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento que va desde la realización del interrogatorio hasta la ejecución de pruebas, tales como palpación, auscultación, radiografías, etc. En la segunda, le corresponde al médico analizar los exámenes practicados y emitir su juicio.

Así, para esa corporación *“el diagnóstico es el primer acto que debe realizar el profesional, para con posterioridad emprender el tratamiento adecuado. Por ello bien podría afirmarse que la actividad médica curativa comprende dos etapas. La primera constituida por el diagnóstico y la segunda por el tratamiento”*⁶. Para el Consejo de Estado:

“En una primera etapa se realiza la exploración del paciente, esto es, el examen o reconocimiento del presunto enfermo. Aquí entran todo el conjunto de tareas que realiza el profesional y que comienzan con un simple interrogatorio, tanto del paciente

⁴ Ver, entre otras, Sentencias: Corte Constitucional, T-319 de 18 de agosto de 2020, Consejo de Estado 2000-2344/38251 de 19 de julio de 2017.

⁵ En este mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014, Exp. 28.816. *“Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico lo constituye el diagnóstico, el cual se convierte en uno de los principales aspectos de la actividad médica, como quiera que los resultados que arroja permiten elaborar toda la actividad que corresponde al tratamiento médico”*.

⁶ 97 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, Exp. 11878. Reiterado en reiterada en las sentencias de 27 de abril de 2011, Exp. 19.846; 10 de febrero de 2011, Exp. 19.040; 31 de mayo de 2013, Exp. 31724; 9 de octubre de 2014, Exp. 32348; y 2 de mayo de 2016, Exp. 36.517.

como de quienes lo acompañan y que van hasta las pruebas y análisis más sofisticados, tales como palpación, auscultación, tomografía, radiografías, olfatación, etc. Aquí el profesional debe agotar en la medida de lo posible el conjunto de pruebas que lo lleven a un diagnóstico acertado. Tomar esta actividad a la ligera, olvidando prácticas elementales, es lo que en más de una oportunidad ha llevado a una condena por daños y perjuicios. (Negrilla agregadas).

En una segunda etapa, una vez recolectados todos los datos..., corresponde el análisis de los mismos y su interpretación...; se trata, en suma, una vez efectuadas las correspondientes valoraciones, de emitir un juicio..."⁷⁻⁸.

47. Asimismo, esa corporación sostiene que para que el diagnóstico sea acertado se requiere que el profesional de la salud sea *"extremadamente diligente y cuidadoso en el cumplimiento de cada una de las fases anteriormente mencionadas"*. En esa medida, el médico debe emplear todos los recursos a su alcance para *"recopilar la información que le permita determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente"*⁹. (Negrilla agregada).

En virtud de lo anterior, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2018 (Exp. 39582) afirmó que para imputar responsabilidad a la administración por daños derivados de un error de diagnóstico es necesario acreditar que el servicio médico no se prestó de manera adecuada por alguno de los siguientes motivos¹⁰:

- "i) El profesional de la salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban.
- ii) El médico no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria.
- iii) **El profesional omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos y científicos a su alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente**¹¹.
- iv) El médico dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad¹².
- v) **El galeno interpretó indebidamente los síntomas que presentó el paciente**¹³.
- vi) Existe una omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto"¹⁴.

⁷ 98 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª edición colombiana, Medellín, 1993, págs. 78, 79.

⁸ 99 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, Exp. 11878. Reiterado en sentencia del 2 de mayo de 2016, Exp. 36.517.

⁹ 100 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2016, Exp. 36.517.

¹⁰ 101 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencias del 2 de mayo de 2016, Exp. 36.517 y 3 de octubre de 2016, Exp. 40.057.

¹¹ 102 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 22 de enero de 2014, Exp. 28.816. Posición reiterada en sentencia del 3 de octubre de 2016, Exp. 40.057.

¹² 103 Al respecto, la doctrina ha señalado que el error inexcusable no es cualquier error, sino aquél *"objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. En consecuencia, si el supuesto error es de apreciación subjetiva, por el carácter discutible del tema o materia, se juzgará que es excusable y, por tanto, no genera responsabilidad"*. Alberto Bueres, citado por Vásquez Ferreyra, op. cit., pág. 121.

¹³ 104 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 22 de enero de 2014, Exp. 28.816.

¹⁴ 105 Ibídem.

48. No obstante, el Consejo de Estado aclara que al no evidenciarse ninguna de las anteriores circunstancias, se debe concluir que el médico actuó con la pericia y el cuidado requerido. En esa medida, su responsabilidad no quedará comprometida a pesar de que se demuestre que el diagnóstico fue equivocado, pues *“es posible que pese a todos los esfuerzos del personal médico y al empleo de los recursos técnicos a su alcance, no logre establecerse la causa del mal, bien porque se trata de un caso científicamente dudoso o poco documentado, porque los síntomas no son específicos de una determinada patología o, por el contrario, son indicativos de varias afecciones”*¹⁵.

49. En todo caso, es decisivo establecer si el médico empleó todos los recursos y procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado. Al respecto, el Consejo de Estado reitera *“lo que debe evaluarse, en cada caso, es si se utilizaron todos los recursos, esto es, si se practicaron los procedimientos adecuados para llegar a un diagnóstico acertado, lo que obliga, en no pocos eventos, a distinguir entre la responsabilidad de los médicos y la de las instituciones prestadoras del servicio de salud, dada la carencia o insuficiencia de elementos para atender debidamente al paciente”*¹⁶.” (Negrillas y subrayas de la cita original).

Establecidas las precedentes consideraciones, es preciso determinar el tercer elemento de la responsabilidad civil contractual, el cual corresponde a la **conducta culposa del deudor, la cual se manifiesta en la ejecución, o cumplimiento tardío o defectuoso de sus obligaciones** que tenían en razón del vínculo contractual existente.

En el presente caso, es necesario determinar el elemento de culpa tanto para la Institución Prestadora de Salud COMFAMAR IPS como de la Entidad Promotora de Salud SALUDCOOP EPS. Así mismo, es conducente determinar si el personal médico de COMFAMAR IPS actuó de forma imprudente y negligente o si, por el contrario, las acciones del personal médico fueron diligentes y acorde al cuadro clínico que presentaba el menor JUAN MANUEL GUEVARA CLAROS en la obligación galénica de medios que les asiste.

En cuanto a COMFAMAR IPS, como se dijo, la parte actora alega que hubo una mala práctica médica, consistente en un error de diagnóstico médico al indicarse que los síntomas que presentaba el menor JUAN MANUEL GUEVARA CLAROS como, fiebre, vómito, diarrea y dolor abdominal, correspondían a una gastroenteritis de presunto origen infeccioso, rotavirus, como se estableció en un inicio y no a una apendicitis aguda.

Al revisar la historia clínica allegada por las partes, en la misma no se vislumbra las fallas que aluden los demandantes, a lo sumo, de manera clara y fehaciente como es referido en los hechos 6,7,8,11,12,13,22 y 23, ni tampoco, se observa que se haya demostrado con alguna otra prueba. Por el contrario, en los folios 11 al 46 de la referida historia clínica, se

¹⁵ 106 Ibíd.

¹⁶ 107 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000 y sentencia del 2 de mayo de 2016, Exp. 36.517.

demuestra que el procedimiento que se llevó a cabo fue acorde con la sintomatología que presentaba el menor al momento de ser examinado, pues bien:

- En primera urgencia médica el menor presentaba "*cuadro clínico de 2 días de evolución de fiebre intermitente y no cuantificada el día solamente + deposiciones líquidas, verdosa y con abundante muco, #5 ayer y #2 hoy + vómitos #2 hoy + inapetencia*" para lo cual se diagnostica diarrea y gastroenteritis de presunto origen infeccioso y se indican recomendaciones.
- En segunda urgencia, según lo indica la parte demandante y lo afirma COMFAMAR IPS, el menor presenta dolor abdominal y fiebre alta, por lo cual es diagnosticado con diarrea y gastroenteritis con presunto origen infeccioso; se ordena tratamiento y se indica que en caso de que los síntomas continúen volviera a llevar al menor a urgencias.
- En tercera urgencia, se ordena la práctica de exámenes médicos tales como: hemograma, parcial de orina y coprológico- y tratamiento con dipirona intramuscular por presentar fiebre, cuyos resultados arrojaron la presencia de parásitos, ascariis, por lo que se formula Pirantel y trimetropin, tratamiento médico adecuado de antiparasitario y antibiótico.
- En cuarta urgencia, el galeno José Beltrán atiende al menor quien diagnostica dolor abdominal en estudio y solicita exámenes de laboratorio como: hemograma parcial de orina- y además, ordena valoración por cirujano general; Valoración realizada por Dr. Carlos E. Gallego quien informa "*paciente de dos años de edad que refiere cuadro clínico de 7 días de evolución consistente fiebre - vómito deposiciones blandas*" y da como diagnóstico "*1. Sepsis de origen gastrointestinal a. Eda bacteriana 2. Apendicitis ???*" por lo cual, se ordena toma de exámenes de hemocultivo, coprocultivo y se decide remitir a a nivel III para valoración por pediatría.

Es preciso tener en cuenta la jurisprudencia que ha marcado la Corte Suprema de Justicia, en razón a la obligación de los galenos tratantes, en donde ha determinado que la misma es de medio y no de resultado, por lo que el médico debe tener una conducta diligente, realizando los comportamientos esperados ante el estado de salud del paciente. Sobre esto, encontramos la sentencia SC-2804 del 26 julio 2019:

"Para el caso de la responsabilidad médica, está ya aclimatada entre nosotros, con características despejadas de doctrina probable, la consideración general acerca de que la principal obligación del galeno es de medio y no de resultado, esto es, que su compromiso se contrae a desplegar una conducta diligente en procura de obtener un fin concreto y específico (la mejora o la preservación de las condiciones de salud del paciente), que sin embargo no garantiza, salvedad hecha, claro está, que medie pacto entre las partes que así lo establezca. Y naturalmente se ha entendido que es de medios la obligación del médico porque subyacen

*infinidad de factores y riesgos, conocidos y desconocidos, que influyen en la obtención del objetivo perseguido, razón esta que ha permitido indicar que, en este tipo de obligaciones, el criterio para establecer si se está frente a una de ellas es el del azar o aleatoriedad del fin común deseado (el interés primario que se quiere alcanzar), toda vez que en las obligaciones de resultado esa contingencia es de suyo mínima. **Cumplirá por tanto el débito a su cargo, el médico que despliegue su conducta o comportamiento esperado acompasado**, entre otros deberes secundarios de conducta, a la buena praxis médica, por lo que para atribuirle un incumplimiento deberá el acreedor insatisfecho, no sólo acreditar la existencia del contrato sino “cuáles fueron los actos de inejecución, porque el demandado no podría de otra manera contrarrestar los ataques que le dirige el actor, debido precisamente a la naturaleza de su prestación que es de lineamientos esfumados. Afirmado el acto de inejecución, incumbe al demandado la prueba de su diligencia y cuidado, conforme al inciso 3° del art. 1604, prueba suficiente para liberarlo, porque en esta clase de obligaciones basta para exonerar al deudor de su responsabilidad acreditando cualquiera de esos dos elementos (...)”¹⁷*

De acuerdo a lo anterior y a las pruebas que reposan en el expediente, no puede decirse que el actuar de los médicos fuera negligente frente a los síntomas que presentaba el menor JUAN MANUEL, pues ninguna prueba obra al respecto, toda vez que si bien se ordenaron pruebas periciales como la que debía realizarse a cargo de la parte demandante ante la Junta de Calificación de Invalidez, ningún resultado se tiene de la misma, como no se tiene ningún concepto pediátrico o especializado en cirugía y afines que pueda determinar que el diagnóstico efectuado a JUAN MANUEL era fehacientemente errado, al punto que de haber actuado de otro modo, le hubiere evitado complicaciones.

En una primera y segunda consulta se evidencia síntomas relacionados a una gastroenteritis y no reposa prueba que demuestre que desde ese momento el menor ya presentaba signos de apendicitis aguda; en una tercer consulta ante la persistencia de los síntomas del menor, se procede a realizar exámenes médicos acordes a sus padecimientos, los cuales arrojan la presencia de parásitos, por lo que el galeno realiza el tratamiento médico determinado para ese efecto, y en su criterio, es un antiparasitario y antibiótico; en cuarta consulta, el médico general ante la evolución del cuadro clínico presentado diagnóstica “dolor abdominal en estudio” y procede a realizar exámenes médicos y valoración con cirujano, por sospecha de apendicitis – se entiende cuando agrega signos de interrogación delante del posible diagnóstico-, lo cual denota un actuar correcto y diligente ante el cuadro y la evolución que presentaba el paciente, y ya con la valoración del médico cirujano, se diagnostica “Sepsis de origen gastrointestinal a. Eda bacteriana 2. Apendicitis ???” y se ordena la remisión a un centro clínico Nivel III.

¹⁷ CSJ SC2804 de 26 jul. 2019, rad. 2002-00682-01.

Es preciso tener en cuenta, que la forma de escritura de apendicitis (con tres signos de interrogación) denota que en el momento de la valoración, el galeno tiene dudas sobre una posible apendicitis, por lo que solo es una sospecha, y con ello, se comprueba que el médico actuó de manera diligente y prudente, enviando al menor a un centro hospitalario Nivel III para la revisión por pediatría y así obtener un diagnóstico completo, por lo tanto, el grupo familiar viaja a Cali donde es oportunamente intervenido. De los procedimientos realizados en esta capital, no hay reproche alguno, por lo que no pasarán a estudiarse.

Debe tenerse en cuenta también, que en el expediente no hay prueba que demuestre que el actuar de los galenos tratantes fue imprudente, negligente o que violaron los procedimientos, protocolos clínicos o normas legales, encontrándose así que los médicos que atendieron al menor Juan Manuel Guevara Claros actuaron de forma diligente, prudente y acorde al cuadro clínico que presentaba el menor, pues se itera- no obra en el plenario prueba alguna que señale lo contrario.

Del recaudo probatorio realizado a través de la práctica de la prueba testimonial decretada y que fuere surtida a través del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Buenaventura, rendida por el señor JOSÉ JAMES BELTRÁN GUAÑARITA, en su condición de galeno que atendió al paciente, se logra concluir que la conducta desplegada en su generalidad fue debida y acorde a las patologías que fueron verificadas a través de las ayudas diagnósticas practicadas, si en cuenta se tiene lo preguntado sobre si considera que el tratamiento médico implantado al menor fue acorde con los síntomas presentados, este fue contundente en contestar que: *"Al revisar la historia clínica y los exámenes de laboratorio uno de los exámenes es compatible con parasitosis, más el examen reina que nos daba cuenta de apendicitis es un cuadro hemático con elevación de leucocitos, el cual arrojó resultados normales. Entonces cuadraba más en ese momento el cuadro clínico para un dolor abdominal para parasitosis"* además, al preguntársele sobre si en las diferentes atenciones médicas brindadas al menor, se brindaron correctamente los medicamentos acordes con los padecimientos reportados, esté contesto que *"Si, los medicamentos eran acordes con lo valorado, pues son medicamentos acordes a la patología mostrada en los exámenes de laboratorios realizados"* y luego, al ser cuestionado sobre que, sin los diagnósticos el menor se podía remitir directamente a cirugía, contestó que *"Muy confuso porque en el momento los exámenes de laboratorio no daba para proceso quirúrgico"* y finalmente, al preguntársele sobre si la cirugía podía prevenirse, respondió que *"De mi parte en el momento que lo vi el 21 de octubre con el abdomen distendido doloroso lo dejo hospitalizado pensando una posible cirugía de que el paciente era quirúrgico, motivo por el cual llame de apoyo al cirujano Dr. CARLOS GALLEGU. Inicialmente, de acuerdo a mi concepto médico, los exámenes de laboratorio pudieron confundir a los médicos, porque el menor presentaba parasitosis y gastroenteritis, porque el*

paciente presentaba vómito, fiebre y deposiciones blandas, que son muy frecuentes y parecidas a ambas patologías.”.

En este punto, cabe resaltar que, tras la orden de reconstrucción parcial del expediente, se obtuvieron las diligencias desarrolladas por el Juzgado de Buenaventura comisionado para la recepción de testimonios, donde informan que el pasado *25 de mayo de 2012, les fue asignado por reparto el despacho comisorio No.001 de fecha enero 16 de 2012, procedente del Juzgado Quinto Laboral del Circuito del Cali, para la recepción de los testimonios de los señores JULIO ALBERTO SUAREZ, CLEMENCIA PAZ PAREDES, PAOLA VANEGAS, ANA PATRICIA CAICEDO, ALEXANDRA SANTILLAS, JOSE BELTRAN y CARLOS E. GALLEGO,* quienes no se presentaron; luego, *El 20 de septiembre de 2012, a través de audiencia pública No.365 se recepcionó el testimonio del señor JOSE JAMES BELTRAN GUAÑARITA y se ordenó devolver el despacho comisorio a su lugar de origen, siendo este el único despacho comisorio tramitado por este despacho judicial en el proceso de la referencia;* de manera tal que, pese a la citación de varios testigos al plenario, el ya reseñado fue el único que se presentó a la audiencia, sin que haya quedado más prueba por verificar.

Cabe resaltar que en la audiencia de reconstrucción de expediente, las partes del asunto no dieron cuenta de que contaran con material probatorio diferente y que deba ser incorporado a la litis, mucho menos del diligenciamiento en algún momento del mencionado *despacho comisorio No.007 de fecha junio 8 de 2012, proveniente del Juzgado Veinticinco Laboral Adjunto de Descongestión de Cali,* pues del plenario se tiene que la prueba comisionada fue la ya referenciada y solo arrojó un testimonio válidamente practicado, dada la inasistencia de los restantes testigos citados, y que ya se reseñó.

Entonces, dado el escaso despliegue probatorio, contad solo con la historia clínica y la deposición del galeno tratante, se tiene que para el caso de JUAN MANUEL, dados los síntomas inicialmente presentados, se trató la patología primigenia establecida como gastroenteritis, luego, con las ayudas diagnósticas, se establece la parasitosis, misma que también fue medicada, y solo con el devenir de la enfermedad se sospecha apendicitis aun cuando el cuadro hemático se mostró en condiciones normales y no con elevación de leucocitos, que como describe el tratante era la señal de la producción de una apendicitis; lo que bien pudo confundir el diagnóstico y retrasar su tratamiento, más no evitar la producción de dicha inflamación.

Con todo, considera esta judicatura que, dada la diligencia en la atención del niño, quien fue auscultado físicamente, el interrogatorio a los acudientes para establecer condiciones clínicas, el uso de ayudas diagnósticas como exámenes coprológicos y de sangre con os resultados ya anotados, el seguimiento dado al caso tras la reconsulta por urgencias; la interpretación que pudo resultar errada – a la postre-, no cae en el *error inexcusable* en la

medida en que no resulta objetivamente injustificable para los profesionales de su categoría haber determinado la existencia de una parasitosis, confirmando la EDA bacteriana, y apenas en sospecha de apendicitis, dado el cuadro hemático normal, que luego resulta confirmada e intervenida, sino que es el resultado de lo objetivamente comprensible con dichos laboratorios, según se explica en el plenario.

En consecuencia, como el error es de apreciación subjetiva, por el carácter discutible del tema o materia, ante la ausencia de certeza sobre la patología final, dados los resultados objetivos de las muestras recaudadas, la apendicitis era de difícil diagnóstico, más que por una acertada sospecha y oportuna remisión a un nivel III de atención, donde finalmente JUAN MANUEL es intervenido y, por tanto, no genera responsabilidad.

En ese orden, habrá de tenerse por no probada la falla médica por error diagnóstico, al haber sido dado por un error excusable, dado el cuadro clínico presentado primigeniamente por el menor de edad, y sus resultados de laboratorios practicados, los cuales no arrojaban cosa distinta a la parasitosis comprobada y no a una apendicitis de

Con todo, y si en gracia de discusión, no se tuviera por cierto lo indicado por el único médico tratante testificado, dada tal condición de haber sido tratante adscrito a la IPS demandada, era de lo suyo, aportar otros medios de prueba, tal como el concepto pericial a fin de demostrar las acciones que se tildan de dañinas, equívocas o impertinentes hechas por los médicos que atendieron al menor, lo cual brilla por su ausencia, a pesar de haber sido decretada, empero desistida, según consta en auto de aceptación de fecha 14 de octubre de 2014, mismo que otorgó término para alegar de conclusión.

Ahora bien, ante la falta de demostración de culpa por parte de los facultativos adscritos a COMFAMAR IPS, es preciso determinar la culpa de SALUDCOOP EPS, esto a través del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones que tenía éste como una Entidad Promotora de Salud.

Si bien es cierto que no existe un artículo específico que hable sobre las obligaciones que tienen las EPS, los artículos 177 y 178 de la Ley 100 de 1993 establece el concepto y funciones que tendrán.

“ARTÍCULO 177. DEFINICIÓN. Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley.

ARTÍCULO 178. FUNCIONES DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.
Las Entidades Promotoras de Salud tendrán las siguientes funciones:

1. *Ser delegatarias del Fondo de Solidaridad y Garantía para la captación de los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*
2. *Promover la afiliación de grupos de población no cubiertos actualmente por la Seguridad Social.*
3. *Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional. Las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley.*
4. *Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.*
5. *Remitir al Fondo de Solidaridad y Compensación la información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y a los desembolsos por el pago de la prestación de servicios.*
6. *Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.*
7. *Las demás que determine el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”* ¹⁸

De acuerdo a lo anterior, debe analizarse si la Entidad Promotora de Salud cumplió con las obligaciones que tenía a su cargo dentro del contrato de seguridad social que había entre este y los demandantes, pues la EPS tenía como obligaciones generales las de: *i.* Garantizar de forma directa o indirecta (por medio de la contratación o convenios con Instituciones Prestadoras) la prestación del Plan de Salud Obligatorio y *ii.* Organizar los mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional.

Ahora bien, se tiene que SALUDCOOP EPS si cumplió con estas obligaciones, ya que los demandantes y el menor JUAN MANUEL GUEVARA CLAROS tenían acceso a los servicios de salud por medio de una red prestadora. Esto se torna evidente en la medida en que COMFAMAR IPS tenía un vínculo contractual con SALUDCOOP EPS para que prestara los servicios médicos requeridos a los afiliados de la EPS en Buenaventura, ciudad de residencia del núcleo familiar; de igual manera, SALUDCOOP EPS establece mecanismos para que sus afiliados puedan acceder a los servicios de salud necesarios, de ahí que fueran atendidos en la ciudad de Cali en otra de las IPS adscrita a la red, esto es, la Clínica Santillana, garantizando con ello la atención a su cargo.

¹⁸ Artículo 177 y 178 de la Ley 100 de 1993

Según lo relatado en los hechos de la demanda, efectivamente se brindó un servicio de consulta por medicina general, especializada y cirugía, se realizaron los procedimientos necesarios de acuerdo al cuadro clínico que presentaba el paciente en el momento, ordenó y entregó los medicamentos que eran recetados por los galenos tratantes; por ello, se concluye que el SALUDCOOP EPS si garantizó la prestación del servicio de salud requerido.

De igual forma, es preciso tener en cuenta que dentro de estas obligaciones de SALUDCOOP EPS, se encuentra, la de brindar a sus afiliados los servicios de salud en el lugar de residencia del afiliado y acorde al nivel de tratamiento o padecimiento del paciente, siendo esto un supuesto básico del plan de cobertura. En ese orden, se exalta el artículo 11 del Acuerdo 08 de 2009 el cual establece en qué consisten los diferentes niveles.

“Artículo 11. Niveles de complejidad de actividades, procedimientos e intervenciones incluidas en la definición por niveles de complejidad alta o de nivel 3, mediana o de nivel 2 y baja o de nivel 1, de las Actividades, Procedimientos e Intervenciones en los casos descritos. Lo anterior sin perjuicio de las normas de calidad y habilitación de servicios al interior de un prestador de servicios de salud, así como de la participación del profesional, del especialista, subespecialista con el respectivo personal de apoyo¹⁹.”

Ahora bien, en caso de que la EPS no pueda brindar dicho servicio dentro de la residencia del paciente, la norma en comento, contempla que deberá remitirse al lugar más cercano donde se le pueda brindar dicho servicio, pues se hace necesario que el paciente reciba el tratamiento completo para su enfermedad.

Aterrizando al caso, no hay prueba que demuestre que la ciudad de Buenaventura en el momento de la ocurrencia de los hechos, hubiere contado con clínicas u hospitales distintas al Nivel I y II para atención de los pacientes, al contrario, contamos con la declaración rendida por el medico BELTRAN GUAÑARITA visible en el archivo 028 del expediente virtual en donde es claro en manifestar que *“En el año 2006 cuando sucedieron los hechos en la ciudad de Buenaventura no existían clínicas ni hospitales que tuvieran el nivel 3, por eso se remitió a Cali”,* entonces, debido a la sospecha de una apendicitis el médico Cirujano Dr. Carlos E. Gallego, decide trasladar al menor JUAN MANUEL GUEVARA a una clínica nivel III, pues la complejidad del procedimiento y el padecimiento del menor hacían esto necesario; al no existir dentro de la ciudad una clínica con dicho nivel, se traslada a la ciudad de Cali para el correcto tratamiento del menor, donde posteriormente tiene una consulta y se confirma la sospecha de apendicitis y es intervenido quirúrgicamente.

¹⁹ Artículo 11, acuerdo 306 de 2005

Lo anterior refleja un oportuno actuar por los médicos tratantes y una atención completa por parte de la EPS, pues ante la imposibilidad de que el menor reciba el tratamiento correspondiente, se realiza el traslado a la ciudad más cercana con las instalaciones correspondientes para recibir el tratamiento necesario, sin barreras de carácter administrativo que hagan impeditiva su atención en el SGSSS.

Se debe considerar en este punto la obligación de transporte del menor, pues ya que debía ser trasladado de una ciudad a otra, era la EPS quien tenía la obligación de tramitar y proporcionar el servicio de ambulancia.

El artículo 7 del Decreto 306 de 2005 establece que dentro del POS se cubre el traslado interinstitucional del paciente en caso de urgencias

“Transporte de Pacientes. El POS-S cubre el traslado interinstitucional de:

Pacientes hospitalizados por enfermedades de alto costo para los casos definidos en el presente Acuerdo, que por sus condiciones de salud y limitaciones en la oferta de servicios del lugar donde están siendo atendidos, requieran un traslado a un nivel superior de atención.

Pacientes en caso de urgencia que requieran traslado a otros niveles de atención cuando medie la remisión de un profesional de la salud.

Pacientes ambulatorios y hospitalizados por los cuales la ARS recibe prima adicional o UPC diferencial, en cualquier caso o evento descrito en el presente acuerdo y que requiera servicios de cualquier complejidad, previa remisión de un profesional de la salud, cuando existan limitaciones de oferta de servicios en el lugar o municipio.²⁰ ”

Para el caso en concreto, en el hecho octavo de la demanda, se expone que por no existir ambulancia en COMFAMAR IPS, los padres se vieron en la obligación de contratar un vehículo particular para el traslado, sin embargo, en la contestación por parte de COMFAMAR IPS se refuta dicho hecho y se expone que existe una declaración voluntaria de abandono que fue firmada el día 21 de Octubre de 2006, la cual obra en el folio 215 C. 1. Ahora bien, en el expediente solo reposa como prueba de este hecho dicha declaración voluntaria de abandono, pero el despacho no tiene pruebas que demuestren cuáles fueron las razones que llevaron a ello, por lo que no es posible determinar si efectivamente no se contaba con el servicio de ambulancia, faltándose con ello al deber de asistencia en ese aspecto.

En cuanto a los gastos sufragado por concepto de transporte, alimentación y estadía de los padres del menor JUAN MANUEL GUEVARA CLAROS durante el tiempo que permanecieron en la ciudad de Cali, se tiene que el Sistema General de Seguridad Social en Salud se rige

²⁰ Artículo 7, acuerdo 306 de 2005

por el principio de solidaridad, necesario para garantizar la sostenibilidad del sistema, a razón de ello, las EPS no pueden financiar gastos indirectos del servicios de salud, como es la estadía transporte o alimentación de los acompañantes, pues dicha solicitudes son una carga excesiva para el sistema y se vuelve inviable otorgarlas, slavo afectación del mínimo vital.

“3.2 Solidaridad. Es la práctica del mutuo apoyo para garantizar el acceso y sostenibilidad a los servicios de Seguridad Social en Salud, entre las personas. (...)”

3.13 Sostenibilidad. Las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de recursos del mismo.”²¹ ”

Sin embargo, la Corte Constitucional ha desarrollado un precedente en cuanto a gastos de transporte y alojamiento cuando existan circunstancias que no les sea posible al paciente y sus acompañantes costearlos por cuenta propia. En esa línea se trae a colación la Sentencia T-228 del 2020 emitida por la Corte Constitucional:

“Esta Corporación ha señalado que las entidades promotoras de salud están llamadas a garantizar el servicio de transporte, cuando los pacientes se encuentren en las siguientes circunstancias: “(i) que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la vida de la persona; (ii) que ni el paciente ni sus familiares cercanos tengan los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado; y (iii) que de no efectuarse la remisión se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”. A lo anterior se ha añadido que: (iv) si la atención médica en el lugar de remisión exigiere más de un día de duración, se cubrirán los gastos de alojamiento y manutención.

...

Esta Corporación ha dispuesto que la financiación de un acompañante procede cuando: “(i) el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”.”²² ”

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que efectivamente era necesario que la EPS proporcionará el servicio de transporte al MENOR JUAN MANUEL GUEVARA, empero, debido al abandono voluntario de la IPS remitora por parte de sus progenitores por las razones expuestas con anterioridad, se hizo imposible proporcionar el servicio, y en cuanto a la estadía y manutención de los padres como acompañantes del menor, es evidente que el menor es totalmente dependiente por ser un niño de 2 años y 9 meses en el momento que

²¹ Artículo 153, Ley 100 de 1993

²² Sentencia T-228 del 07 de julio de 2020., Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Guerrero

acontecen los hechos, por lo que es viable que la EPS este llamada a responder por dichos gastos; sin embargo, es necesario que se compruebe que los padres del menor no tenían los recursos económicos suficientes para asumir por cuenta propia dichos gastos, pues la jurisprudencia constitucional en la materia exige una afectación al mínimo vital, misma que no se vislumbra pues, por el contrario, se aduce que los padres mantenían negocios independientes o de comercio, sin que se establezca un nexo causal entre la estadía de uno de los progenitores en la ciudad de Cali, acompañando a su hijo, y la necesidad de cancelar los contratos y compromisos adquiridos por el otro en Buenaventura.

Dicho de otro modo, en cuanto a las pruebas que reposan en el expediente, no se evidencia que los padres del menor se encuentren limitados económicamente para costear por cuenta propia, su estadía y manutención, como en efecto lo hicieron, se reitera, bajo el principio de solidaridad el sistema.

Por lo anterior, ante evidencia que los acompañantes del menor JUAN MANUEL GUEVARA si pudieron asumir los gastos de estadía y manutención de ellos, obligar a la EPS a financiar tales gastos, que no devienen de la falla misma que no se probó, sino de la complicación de la patología del niño, se vuelve una carga excesiva para el sistema y por lo tanto es inviable otorgar.

En cuanto al pago de la cuota moderadora por el servicio de hospitalización, exámenes y demás, es preciso establecer que, así como las EPS tiene obligaciones con sus afiliados, ellos también tienen deberes por cumplir, de acuerdo a lo establecido en el artículo 160 de Ley 100 de 1993 en donde se expone que:

“ARTÍCULO 160. DEBERES DE LOS AFILIADOS Y BENEFICIARIOS. Son deberes de los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud los siguientes:

- 1. Procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.*
- 2. Afiliarse con su familia al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*
- 3. Facilitar el pago, y pagar cuando le corresponda, las cotizaciones y pagos obligatorios a que haya lugar.***
- 4. Suministrar información veraz, clara y completa sobre su estado de salud y los ingresos base de cotización.*
- 5. Vigilar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los empleadores a las que se refiere la presente Ley.*
- 6. Cumplir las normas, reglamentos e instrucciones de las instituciones y profesionales que le prestan atención en salud.*
- 7. Cuidar y hacer uso racional de los recursos, las instalaciones, la dotación, así como de los servicios y prestaciones sociales y laborales.*

8. Tratar con dignidad el personal humano que lo atiende y respetar la intimidad de los demás pacientes.

Encontrándose afiliados al régimen contributivo y ante el deber de facilitar el pago por cuota moderadora del servicio, se concluye que esta es una obligación que debe ser asumida por los afiliados y no por la EPS, por lo que no es viable asumirla como un perjuicio sufrido pues es una fuente de financiación del sistema y por tanto, contraprestación a cargo de los cotizantes por el servicio que efectivamente recibieron.

A razón de lo anterior, se concluye que SALUDCOOP EPS si cumplió con las obligaciones contractuales que tenía a su cargo, sin que se demuestre culpa, y por ende, teniendo por probada el exceptivo presentado por SALUDCOOP EPS denominado *"CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE SALUDCOOP EPS"* y *"AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD"*, sin mayores disquisiciones a respecto por no configurarse el mencionado elemento.

Retomando, nuevamente, los elementos que configuran la responsabilidad civil contractual, se logra establecer entonces que, efectivamente existía un contrato válido y que hubo un daño sufrido por los demandantes; sin embargo, al momento de analizar la conducta culposa del demandado SALUDCOOP EPS y su llamado en garantía COMFAMAR IPS ahora COMFENALCO, no se logra demostrar que hubo incumplimiento del contrato ni tampoco falla en el servicio prestado, por lo que se hace innecesario entrar a estudiar la relación de causalidad entre el incumplimiento del contrato o vínculo y el daño, pues el contrato no fue incumplido de tal manera que el alegado daño no le es atribuible a los demandados, sino a circunstancias propias del organismo del menor y la evolución clínica del mismo, debiendo asumirse dichas circunstancias por los progenitores, que tampoco están llamados a salir indemnes por las alteraciones a que nivel moral o extrapatrimonial pudieron reclamarse, por no haberse configurado siquiera los elementos para la prosperidad de la responsabilidad civil, y permitiendo entonces la configuración de los exceptivos denominados *"INEXISTENCIA DE CULPA EN CABEZA DEL PERSONAL MÉDICO QUE ATENDIÓ AL MENOR"* *"AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD EN CABEZA DE COMFAMAR BUENAVENTURA, POR LOS SUPUESTOS PERJUICIOS RECLAMADOS E INDEMNIZADOS PARA LOS DEMANDANTES"*, y *"EXONERACIÓN POR CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE MEDIO"*, y que permite abstenernos de referirnos a cualquier otro medio defensivo expuesto.

Por lo anterior, este Despacho negará las pretensiones de la demanda, y condenará en costas a la parte actora en un equivalente al 3% de las pretensiones pecuniarias perseguidas, conforme a la cuantía estimada de la demanda como perjuicios materiales.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda impetrada por WALTER ALFONSO GUEVARA Y ELISA INES CLAROS OCAMPO en nombre propio y en representación del menor JUAN MANUEL GUEVARA CLAROS, frente a SALUDCOOP E.P.S - en liquidación, por no configurarse los supuestos de la responsabilidad civil demandada, conforme a las consideraciones.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, se niegan las pretensiones de los demandados llamantes en garantía frente a sus llamados.

TERCERO: CONDENAR a los demandantes a pagar las costas procesales. Líquidense por secretaria, en la forma indicada en el artículo art. 366 del C.G.P., incluyendo como agencias en derecho para cada en favor de la demandada, a la suma de \$566.400

CUARTO: En firme esta decisión y una vez practicada y aprobada la liquidación de costas, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


ALEJANDRA MARIA RISUEÑO MARTINEZ
Jueza.