



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva
Sala Cuarta de Decisión
Civil Familia Laboral

Magistrada Ponente: **ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ**

Proceso : Declarativo - Responsabilidad Civil
Radicación : 41001-31-03-003-2018-00299-01
Demandantes : GILIBERT PÉREZ PÉREZ y OTROS
Demandados : PEDRO JOSÉ ACOSTA FONTALVO y OTROS
Procedencia : Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva

Neiva, junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

1.- ASUNTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado de la parte demandante, respecto de la sentencia de primera instancia proferida en el asunto de la referencia.

2.- ANTECEDENTES

2.1.- DEMANDA¹

Siguiendo los lineamientos del artículo 280 del C.G.P., baste memorar que en concreto pretenden los demandantes recurrentes, GILIBERTH PÉREZ PÉREZ (padre), MERCY MARTÍNEZ ANDRADE (madre), GILIBERTH PÉREZ MARTÍNEZ (hermano), LINA MARÍA CASAS PASTRANA en nombre de su menor hijo JMPC, se declare a los demandados PEDRO JOSÉ ACOSTA FONTALVO, CENTRO MÉDICO ESPECIALIZADO DE UROLOGÍA (en adelante CEU) y COMFAMILIAR DEL HUILA EPS (en adelante COMFAMILIAR), responsables contractual, civil y solidariamente, de los perjuicios morales, sicológicos, materiales, de vida de relación y demás causados, por el fallecimiento del señor JAIRO FILIBERTH PÉREZ MARTÍNEZ, afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud (régimen subsidiado), por negligencia

¹ Folios 41 – 72 cuaderno 1 expediente digital

médica, servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios, recibidos con notable deficiencia y negligencia en el CEU, en consecuencia se les CONDENE a pagar a título de indemnización valores por concepto de perjuicios morales y materiales (lucro cesante), acorde con el juramento estimatorio.

Como sustento fáctico exponen en esencia, que el 25 de junio de 2014, el joven JAIRO FILIBERTH PÉREZ MARTÍNEZ (Q.E.P.D.), sufrió trauma contundente en el testículo derecho, siendo atendido el 19 de julio siguiente en la Clínica UROS, en la que se realizan exámenes y se considera que no requiere manejo intra hospitalario adicional, le dan salida con signos de alarma, recomendaciones, analgesia, antibiótico oral y diagnóstico de “TRAUMA TESTICULAR DERECHO ORQUIEPIDIDIMITIS DERECHA CON HIDROCELE REACTIVO ASOCIADO”, ordenándose examen de “ECOGRAFÍA TESTICULAR CON ORQUIEPIDIDIMITIS DERECHA CON HIDROCELE REACTIVO ASOCIADO, realizado el 21 de agosto que confirma el diagnóstico.

Que de acuerdo a la conclusión del anterior examen, COMFAMILIAR autoriza servicio médico especializado de reparación o escisión de hidrocele de tunicas vaginas, el que es programado con el prestador CEU por parte del médico tratante Dr. PEDRO JOSÉ ACOSTA FONTALVO, previo análisis del plan médico a seguir a efectos de determinar el diagnóstico y tratamiento a seguir.

Que el 14 de octubre de 2014 mediante fórmula médica prioritaria emitida por la Unidad Oncológica Surcolombiana S.A.S. suscrita por el médico ERNESTO FEDERICO BENAVIDES LÓPEZ, se le formuló medicamento para administración antes de la cirugía, 1 hora antes, a las 8 horas y luego continuar cada 12 horas durante 3 días, ingresando el paciente a las salas de cirugía del CEU para procedimiento programado quirúrgico de hidrocelectomía derecha, el 6 de noviembre, el que se realiza sin complicaciones, con evolución favorable, con orden de salida por parte del médico tratante Doctor PEDRO JOSÉ ACOSTA FONTALVO y fórmula médica con manejo antibiótico y analgésico.

Que pese a efectuar el señalado procedimiento y contar con los exámenes previos, el médico tratante no advirtió la presencia de una masa (tumor maligno) en el testículo derecho del joven FILIBERTH PÉREZ, que pudo ayudar a encontrar un cáncer en un estadio temprano y facilitar su tratamiento, pues al momento de aparecer síntomas, el cáncer puede haber empezado a diseminarse, sin que se

hubiere enviado muestra alguna para oncología, para los respectivos exámenes de rigor.

Que el paciente asiste a los controles pos operatorios el 14 y 24 de noviembre, 2 y 12 de diciembre de 2014, 5 de enero de 2015, en los que se le efectuó examen físico, palpando los testículos, detectando inflamación, sensibilidad, estableciendo un aumento del tamaño y la ubicación de protuberancia, síntomas de haber encontrado una masa u otro signo de cáncer testicular, que era necesario realizar pruebas para descubrir la causa y no lo hicieron, asumiendo que tan solo se trataba de secuela del POP y no de otro diagnóstico anómalo.

Que el 13 de enero el paciente es internado de urgencia en la Clínica UROS por presentar cuadro clínico de más de 5 días de evolución, consistente en dolor abdominal tipo pesadez, siendo valorado hematológico por sospecha de hemorragia intraabdominal y antecedente de hemofilia, y es remitido a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO HERNANDO MONCALEANO PERDOMO, en donde se solicita valoración por cirugía general en conjunto con medicina interna, se le realiza RX de tórax, se le traslada a servicio de observación adultos.

Que el 14 de enero a las 7 a.m. el paciente refiere tener dolor abdominal y a las 8 a.m. por orden médica es trasladado a la Unidad de Cuidados Críticos de urgencia, siendo valorado periódicamente los días siguientes (15, 16 y 17), ingresando a Sala de cirugía el 17 de enero para procedimiento quirúrgico; que el 18 y 19 de enero le efectuaron procedimientos POP; que el 19 de enero es trasladado en camilla a Unidad Oncológica de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO, en donde recibió atención médica POP, egresando el 26 de enero de la institución consiente, alerta y orientado, con orden de cita de control para valoración por medicina general por hipertensión arterial y nutrición, con recomendaciones para manejo de la herida en casa y cuidados.

Que el paciente no tuvo oportunidad de una detección temprana del cáncer, que hizo metástasis pulmonares y retroperitoneales, y no se le permitió acudir a tratamientos médicos oncológicos, que le permitiera una mejor expectativa de vida, y murió el 25 de agosto de 2015, no adoptando el médico tratante PEDRO JOSÉ ACOSTA FONTALVO las medidas para detectarlo a tiempo, siendo evidente la sintomatología de cáncer testicular derecho, ordenando los exámenes especializados, limitándose a diagnosticar tratamientos y medicamentos POS del procedimiento practicado, evidenciando una pérdida de oportunidad, predicando responsabilidad proporcional en función a la probabilidad de la causa.

Que resulta inconcebible desde el punto de vista del estado actual de la ciencia médica, recursos logísticos y talento humanos necesarios, que se terminara con el desenlace fatal del joven FILIBERTH PÉREZ MARTÍNEZ, por lo cual los demandados son responsables de los perjuicios ocasionados y en tal sentido deberán indemnizarlos, debido a su actuar negligente, al no obrar identificando y desplegando los procedimientos pertinentes contenidos en las guías y resoluciones de atención integral en urología, de conocimiento obligatorio por parte de estos, máxime el estado de preexistencias anotadas en consultas anteriores, lo cual ocasionó el estado general al punto de generar el fallecimiento.

2.2.- CONTESTACIÓN

2.2.1.- COMFAMILIAR², manifiesta su total oposición a todas y cada una de las pretensiones invocadas, toda vez que carecen de fundamento fáctico, jurídico y probatorio que evidencie alguna falla u omisión por parte de la entidad.

Precisa en cuanto a los hechos base para pedir, que en efecto el causante JAIRO FILIBERTH PÉREZ MARTÍNEZ era usuario activo del régimen subsidiado de dicha EPS; ser cierto los referidos servicios que le fueron prestados por las IPS adscritas a la red prestadora de servicios de la entidad, evidenciando el sistema SGA la oportunidad de la atención y autorización de todo lo requerido por el usuario, sin injerencia en la forma de dicha prestación; que las indicadas ecografías no evidenciaron masa o tumoración de tipo maligno que se hubiesen podido hallar en el acto quirúrgico, que tampoco se evidenció en el examen físico, lo cual es de difícil diagnostico diferencial; que no posee ningún tipo de responsabilidad directa ni solidaria, tal como se describe en la ley 100 que enmarca claramente las responsabilidades y funciones de cada uno de los actores e integrantes del SGSSS.

Plantea excepciones de mérito bajo la denominación de “AUSENCIA DE LOS ELEMENOS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA”; INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE EL ACTUAR DE LA EPS COMFAMILIAR Y EL DAÑO RECLAMADO COMO FUENTE DEL PERJUICIO”; “AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE COMFAMILIAR POR NO EXISTIR CULPA EN LA CAUSACIÓN DEL DAÑO OCASIONADO COMO FUENTE DE PERJUICIO”; “CUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA EPS COMFAMILIAR DE LAS OBLIGACIONES

² Folios 112-136 cuaderno 1 expediente digitalizado.

CONTENIDAS EN LA LEY 100”; “DEBER DE PROBAR”; “BONA FIDES”; “FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA”; “AUSENCIA DE PRUEBA DEL PRESUNTO PERJUICIO Y/O SOBREESTIMACIÓN DE LOS PEJUICIOS RECLAMADOS”; “PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD” y “GENÉRICA”.

2.2.2.- El CEU³ se opone a la declaración de responsabilidad contractual, civil y solidaria, resaltando la atención médico asistencial prestada al usuario y las correspondientes ayudas diagnósticas practicadas, para el momento de la patología presentada, conforme lo ordenado por el personal médico, y el resultado de las mismas, que se refleja en la Historia Clínica y se relata en los hechos, destacando inconsistencias al respecto contenidas en los mismos, en tanto los especialistas en urología luego de analizar el resultado de marcadores tumorales, con carácter urgente se consideró que debía realizarse examen de sangre, donde se hallaron estos marcadores, y que no cómo se afirma, sin fundamentos médico alguno, que debía enviarse una muestra a oncología, máxime cuando ninguna ayuda diagnóstica había reflejado lo que la ecografía testicular con análisis doppler reflejó, ordenando el médico tratante como protocolo de manejo el examen de sangre para encontrar marcadores tumorales.

Excepciona de fondo “INEXISTENCIA DE FALLA MÉDICA Y/O NEGLIGENCIA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO”; “INEXISTENCIA DEL DAÑO”; INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA MÉDICA Y EL DAÑO”; “INCIDENCIA DE FACTORES EXTERNOS”; “AUSENCIA DE CULPA EN LA ACTUACIÓN MÉDICA”; “AUSENCIA DE CARGA PROBATORIA DE LA PARTE DEMANDANTE”; “RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL Y CUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL”; “COBRO DE LO NO DEBIDO” y “GENÉRICA”.

2.2.3.- El doctor PEDRO JOSÉ ACOSTA FONTALVO⁴ presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones declarativas y los hechos que las respaldan, por carencia de fundamento fáctico, jurídico para endilgarle el daño sufrido por el señor JAIRO FILIBERTH PÉREZ MARTÍNEZ, porque su actuar fue diligente, prudente y ajustado a la *lex artis ad hoc*.

En cuanto a los hechos que se le oponen, precisa que ordenó y practicó todos los exámenes físicos e imagenológicos tendientes a determinar la casusa de la

³ Folios 176 -177 cuaderno 1 primera parte; 1 -13 cuaderno 1 segunda parte , expediente digitalizado.

⁴ Folios 73 - 93 cuaderno 1 segunda parte, expediente digitalizado.

patología presentada por el señor PÉREZ MARTÍNEZ y que basado en los hallazgos físicos de aumento de contenido escrotal derecho con transiluminación positiva y reporte de ecografía testicular, el especialista ordenó el procedimiento de hidrocelectomía derecha y demás exámenes de laboratorio requeridos por el paciente, quien por los resultados de los exámenes y su patología de base de hemofilia A, requirió valoración por hematología y tratamiento con factor VIII plasmático previo a la cirugía.

Que en ningún momento previo al procedimiento de hidrocelectomía, ni durante el mismo, se encontraron síntomas ni hallazgos físicos o imagenológicos de alguna patología de origen tumoral, pues la transiluminación positiva significa que el contenido del escroto es puramente líquido y permite el paso de la luz, como ocurrió con el paciente y que caso contrario si se diera una transiluminación negativa tratándose de una masa sólida que impediría el paso de la luz, reportando las ecografías practicadas que se trataba de una orquiepidimitis derecha con hidrocele reactivo, por antecedente de trauma, sin mencionar hallazgo sugestivo de lesión tumoral; que en el procedimiento quirúrgico por vía escrotal solo se drena líquido de la túnica vaginal y se invierte la túnica, sin extracción de ningún tejido sólido ni muestra para testicular sólida susceptible de análisis por patología, no de oncología como se afirma en la demanda, procedimiento que se llevó adecuadamente y sin complicaciones, sin percibir al tacto lesiones macroscópicas en el testículo.

Que de acuerdo a la nota médica de 5 de enero de 2015, en examen físico de control pos operatorio, de acuerdo al resultado de ecografía no concluyente en indicar presencia de lesión tumoral, sino que sugirió descartar ciertos hallazgos encontrados por el radiólogo, que evidenció el aumento del volumen escrotal y la presencia de un ganglio inguinal, razón para ordenar examen de marcadores tumorales urgentes y cita a urología prioritaria, con el fin de descartar una lesión tumoral de cara a lo advertido por el radiólogo, sin que el paciente regresara a la consulta con el resultado de los marcadores ordenados.

Que el paciente recibió tratamiento inmediato a su enfermedad tumoral en el Hospital Universitario, donde le fue practicada una quidectomía radical derecha y tratamiento oncológico, que se vio frustrado con ocasión de su patología de base de Hemofilia A, presentando otras complicaciones que lo llevaron a la muerte.

Como excepciones de fondo formuló: "AUSENCIA DE CULPA Y CUMPLIMIENTO DE LEX ARTIS AD HOC POR PARTE DEL DR. PEDRO JOSÉ

ACOSTA FONTALVO – DIAGNÓSTICO ADECUADO Y OPORTUNO”; “FALTA DE ATRIBUCIÓN DEL DAÑO A UN AGENTE (Ausencia de Nexo Causal entre el Acto Médico y el resultado); “AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD” y “GENÉRICA”.

2.2.4.- MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA⁵ llamada en garantía por el CEU, luego de manifestarse puntualmente sobre los hechos de la demanda, se opone a todas y cada una de las pretensiones de condena expuestas por la parte actora que puedan llegarla a comprometer al igual que a su llamante, por no existir razones de hecho o de derecho que justifiquen su procedencia, y plantea excepciones enervantes a las mismas de “OFICIOSA DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO”; “COADYUVANCIA DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR EL CENTRO ESPECIALIZADO DE UROLOGÍA S.A.S.”; “AUSENCIA DE CULPA”; “LAS OBLIGACIONES MÉDICAS SON DE MEDIO NO DE RESULTADO”; “CUMPLIMIENTO DE LA LEX ARTIS AD HOC” y “AUSENCIA DE DAÑOS INDEMNIZABLES-INDEBIDA TASACIÓN DE PERJUICIOS”.

Con relación a los hechos del llamamiento en garantía, aclara que de acuerdo con los amparos de la póliza base del mismo, sólo está obligada a responder patrimonialmente de conformidad con las cláusulas pactadas, teniendo en cuenta los límites asegurados y demás condiciones de la cobertura, oponiéndose a las pretensiones del llamamiento ante una eventual condena de su llamante y se declare que debe responder como garante de las sumas de dinero que se llegaren a reconocer a la parte actora, dado que la reclamación de la víctima al asegurado se efectuó por fuera del término de dos años establecido en la modalidad de cobertura pactado, encontrándose prescritas las pretensiones de los demandantes frente a MAPFRE.

Frente a las pretensiones del llamamiento presenta excepciones de mérito bajo la titulación de “OFICIOSA DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO”; “AUSENCIA DE COBERTURA TEMPORAL DE LA PÓLIZA DE SEGUROS-MODALIDAD DE COBERTURA OCURRENCIA (2 AÑOS) SUNSET”; “PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES ORIGINADAS EN EL CONTRATO DE SEGURO PARA LA VÍCTIMA DIRECTA”; “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR NO EXISTIR SINIESTRO”; “LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO – LÍMITE DE LAS COBERTURAS DEL CONTRATO DE SEGURO”; “LÍMITE DE COBERTURA PARA EL PAGO DE LOS DAÑOS MORALES”;

⁵Folios 89 – 130 cuaderno 2, expediente digitalizado.

“DEDUCIBLE”, “REDUCCIÓN DE LA SUMA ASEGURADA (LÍMITE ASEGURADO) POR PAGO DE INDEMNIZACIÓN”; “EXCLUSIONES Y GARANTÍAS CONTEMPLADAS EN EL CONTRATO DE SEGUROS”; “COMPENSACIÓN, PRESCRIPCIÓN Y NULIDAD RELATIVA”

2.3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

DECLARA la prosperidad de las excepciones formuladas por los demandados, relativas a la inexistencia del hecho y el rompimiento del nexo causal, así como el medio exceptivo planteado por la llamada en garantía, en virtud del cual no está llamada a responder en caso de ser condenada la parte de la cual es garante; DECLARA la no prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; CONDENA en costas a la parte actora a favor de la parte pasiva y al llamante en favor del llamado; FIJA agencias en derecho de primera instancia y ORDENA el archivo del expediente.

Consideró el juzgador *a quo*, luego de exponer los elementos de la demandada responsabilidad médica, en el análisis individual y conjunto de los medios probatorios recaudados, remitidos a la declaración de terceros, la pericial y su contradicción, que no se encuentra probado el elemento hecho culposo configurante de aquella, consistente en una conducta o en un manejo de la voluntad o comportamiento negligente, imprudente, imprevisivo, que haya causado daño a un interés legítimamente protegido, al caso, conducta del médico que no está dentro las normas del normal desarrollo de su actividad y que produjera una consecuencia jurídica que afectara un interés que la constitución y la ley protege.

Que la parte actora hace consistir el hecho dañoso en no haber descubierto el doctor PEDRO JOSÉ ACOSTA FONTALVO el día 12 de diciembre de 2014, el cáncer que presentaba el señor JAIRO FILIBERTH PÉREZ MARTÍNEZ en el testículo derecho, mediante ecografía doppler que se le aplicara al paciente, luego de presentar dolencia y acudir a cita de control médico con el citado profesional, precisando que de las 3 ecografías practicadas, en las conclusiones del radiólogo, no dice en las dos primeras que existiera una masa o tumor y menos aún que el mismo fuera maligno ni su extensión, advirtiéndose en la tercera el tumor, resaltando que la atención del paciente PÉREZ MARTÍNEZ, en voces del Tribunal de Ética Médica fue presta y oportuna, practicándosele los exámenes requeridos para la sintomatología que presentaba en cada una de las oportunidades que fue a la consulta del médico demandado y en los controles pos operatorios, sin aparecer en el examen físico del paciente en la palpación al testículo, síntoma de masa alguna, dejando consignado en

la Historia Clínica los diferentes profesionales médicos urólogos que lo realizaron, la no presentación de masa alguna tumoral, estableciendo tratamiento de acuerdo a la patología.

Que una vez en examen de palpación al enfermo, practicado por el Doctor ACOSTA FONTALVO, al encontrar la existencia de un quiste o masa tumoral, fue presta su actuación, ordenando los exámenes de rigor en cuanto al aspecto hematológico, a fin de establecer realmente a través de los contrastes, si era efectivamente un tumor benigno o maligno, respondiendo ante el interrogante de la parte actora del por qué solo hasta esa época se pudo establecer la existencia de masa tumoral, que dos declarantes, eminentes profesionales de la medicina con estudios en urología y oncología, con experiencia de más de 20 años, doctores ERNESTO BENAVIDES y FERNANDO SOLANO, expusieron claramente que la conducta médica viene de una relación causa-efecto de acuerdo con la sintomatología, determina tratamiento a seguir previo diagnóstico, encuadrándose dentro de un rango de la enfermedad posible a padecer.

Que el examen del médico radiólogo, de cuyas apartes hace lectura, no hace ver que pudo haber existido una masa dentro del testículo, y que ante nueva ecografía se toma la decisión de intervenir quirúrgicamente, sin proceso invasivo, con extracción de líquido y ninguna materia sólida, y que por ello al hacer el tratamiento quirúrgico, no se observó, como tampoco en el examen inicial y posterior a la palpación del testículo, masa alguna, como si se encontró en el mes de diciembre por el Doctor ACOSTA FONTALVO.

Que los citados profesionales conceptuaron como posibles causas de no haberse detectado la masa tumoral, su tamaño milimétrico y su existencia luego de la intervención quirúrgica, dentro del interregno de la segunda ecografía y el procedimiento quirúrgico del mes de diciembre, explicando la agresividad de este cáncer, su rápido desarrollo y su alta letalidad y, que de acuerdo con la aportada Historia Clínica no se podía detectar masa alguna o poder establecer que necesitaba de procedimientos diagnósticos o exámenes que hicieran relación con la patología cancerígena que presentó el paciente en sus últimos días, tratada acorde a los protocolos y que a la patología inicial se aplicó el tratamiento ambulatorio a través de medicinas que correspondía; que con posterioridad a la segunda ecografía lo recomendable era el tratamiento quirúrgico para extraer la hidrocele; que en el hallazgo de un quiste o masa procedía la ecografía Doppler, protocolos aplicados sin que

tuvieran solución de continuidad en el aspecto temporal, elemento probatorio no desvirtuado.

Que el derecho de oportunidad que tienen los pacientes, está dado por la ausencia de prestación tanto del servicio médico, como asistencial y hospitalario, incluyendo ausencia de exámenes médicos que contribuya a poder establecer en forma cierta concreta y precisa la verdadera enfermedad que presenta el paciente, optando el médico tratante dar cumplimiento a los procedimientos que la *lex artis* le imponía, primero el farmacéutico, segundo la intervención quirúrgica y tercero la ecografía Doppler, para establecer la nueva normalidad que presentaba, conforme se señala en el estudio de la Sociedad de Urología Colombiana, que al respecto se aportó y se ilustró con los indicados testimonios y lo investigado por el Tribunal de Ética Médica, que por tanto ningún elemento probatorio lleva al despacho a la convicción de que efectivamente hubo un mal manejo parcial o total en el tratamiento prestado al señor JAIRO FILIBERTH P'ÉREZ MARTÍNEZ, ni se ha acreditado la conducta culposa de quien fuera demandado como profesional de la medicina y correlativamente la ausencia del elemento fundamental estructural de responsabilidad, hecho culposo.

2.4.- REPAROS A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.4.1.- Expone el señor apoderado de la parte actora, al interponer en audiencia el presente recurso, que no se prestaron todos los medios tecnológicos en la situación presentada, que existen para descartar el cáncer agresivo, entre esos el análisis de sangre para marcadores tumorales, del que ninguno de los médicos que fungieron como testigos estableció como medio idóneo para identificar el cáncer de esta naturaleza, cuya no utilización debe ser considerada como una falta a la *lex artis* de un adecuado tratamiento médico, limitándose a las pruebas tradicionales, cuando como se expuso en los hechos de la demanda, fueron varias ocasiones en las que el señor JAIRO FILIBERTH PÉREZ MARTÍNEZ acudió a las consultas por dolor e hinchazón de sus testículos, limitándose la atención a la extracción de un líquido y la toma de unas ecografías, cuando como se ha señalado por ser milimétrico o no haber existido en el momento, razón científica dada por los testigos, para no apreciarlo en las dos primeras ecografías, debía acudir a este concepto de la utilización de todos los medios tecnológicos y la capacidad intelectual del médico y no se tuvo en cuenta para si quiera sospechar para un examen de marcadores tumorales, configurándose la falta a la buena práctica médica.

En la sustentación por escrito en los términos del Decreto 804 de 2020 enfatiza el señor apoderado, que del análisis de la Historia Clínica se decanta que la metástasis pulmonar y retroperitoneal del cáncer testicular padecido por el señor PÉREZ MARTÍNEZ, obedeció a su no detención temprana, que le permitiera acudir a tratamientos oncológicos oportunos, siendo evidente la sintomatología de cáncer testicular derecho.

Que el médico tratante demandado no ordenó, exámenes especializados, limitándose a diagnosticar y tratamientos y medicamentos POP; que la responsabilidad es proporcional en función de la causa, resultando inconcebible que en el estado actual de la ciencia médica, los recursos logísticos y el talento humano, se presentará el desenlace fatal, ocasionándose a sus procurados los demandados perjuicios, los que deben ser indemnizados por la CEU, por su actuar negligente al no haber identificado y desplegado los procedimientos pertinentes contenidos en las guías y resoluciones obligatorias de atención integral en urología, máxime el estado de preexistencias anotadas en consultas anteriores, siendo COMFAMILIAR la responsable de que los servicios contratados con las entidades prestadoras de servicios de salud se brinden con calidad a los usuarios y que por tanto es responsable solidariamente.

Que el causante, joven PÉREZ MARTÍNEZ, ingresó al CEU con el propósito que se le realizara un procedimiento quirúrgico especializado de reparación o escisión de hidrocele de tunicas vaginas que le permitiera identificar cualquier cuerpo anómalo en su zona escrotal, encontrando deficiente atención al dejársele de aplicar los protocolos y guías médicas de acuerdo a su condición médica, como lo ordena la *lex artis*, omitiendo la parte pasiva el deber de cuidado y diligencia, cuando aquel presentaba todos los síntomas físicos para inferir la presencia de un tumor cancerígeno en su testículo derecho, no diagnosticado de manera temprana, por la no aplicación de los medios diagnósticos y procedimientos de valoración clínica adecuados.

Que no comparte el consenso de la prueba testimonial, de que tan solo los exámenes de tacto y ecografías eran suficientes, porque contrario a esta manifestación, existen varias opciones para el diagnóstico del indicado tipo de cáncer que el médico tratante puede considerar según factores tales como signos y síntomas, edad, estado de salud en general, resultado de pruebas médicas anteriores, para poder determinar el tipo de cáncer que se sospecha, evidentes en la aportada Historia Clínica, que no fue identificada a través del tacto y la ecografía, pero que por la

sintomatología obligaba a los médicos tratantes a utilizar otros exámenes, como lo es el “análisis de sangre para marcadores tumorales”, marcadores que son sustancias normalmente presentes en la sangre, pero cuyos niveles pueden elevarse en ciertas situaciones, entre ellas en presencia de un cáncer testicular, examen que puede ayudar al médico a determinar el diagnóstico, y del que ninguno de los testigos hizo referencia y que de haberse practicado al joven JAIRO FILIBERTH PÉREZ MARTÍNEZ, habría tenido una mejor oportunidad.

3.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con los artículos 322 y 328 del C.G.P., la competencia de la Sala se circunscribe a los indicados reparos formulados por la parte actora y debidamente sustentados, contra la sentencia de primera instancia desestimatoria de sus pretensiones, los que giran en torno al principio de oportunidad que estima no se le brindó al joven JAIRO FILIBERTH PÉREZ MARTÍNEZ, por la no orden y práctica del examen de “análisis de sangre para marcadores tumorales”, para el diagnóstico y tratamiento correspondiente al cáncer testicular que padecía.

3.1.- Respecto de la declaración de responsabilidad médica pretendida, ha tenido oportunidad de precisar nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil⁶, que corresponde al afectado –demandante, demostrar los elementos axiológicos integradores: conducta antijurídica, daño y relación de causalidad entre éste y aquélla, así como la culpabilidad, frente a obligación de medio, conforme califica la ley 1164 de 2007 con la modificación introducida por el canon 104 de la ley 1438 de 2011, la relación médico paciente, “....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 punto de la pérdida de oportunidad la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil⁷, rememora pronunciamiento de la misma Corporación en los siguientes términos:

“La pérdida de una oportunidad atañe a la supresión de ciertas prerrogativas de indiscutible valía para el interesado, porque en un plano objetivo, de contar con ellas, su concreción le habría significado la posibilidad de percibir, ahí sí,

⁶ Sentencia Sala de Casación Civil S003-2018, M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

⁷ Sentencia SC10261-2014, M.P. Dra. MARGARITA CABELLO BLANCO.

una ganancia, ventaja o beneficio, o de que no le sobrevenga un perjuicio. Expresado con otras palabras, existen ocasiones en las que la víctima se encuentra en la situación idónea para obtener un beneficio o evitar un detrimento, y el hecho ilícito de otra persona le impide aprovechar tal situación favorable.

Y es que, en tales casos, sin adentrarse la Corte en las disputas doctrinales que controvierten si el debate se debe situar en el requisito de la relación de causalidad o, por el contrario, en el de la certeza del daño, lo cierto es que respecto del sujeto que se encuentra en una situación como la descrita, puede llegar a predicarse certeza respecto de la idoneidad o aptitud de la situación para obtener la ventaja o evitar la desventaja, aunque exista incertidumbre en cuanto a la efectividad de estas últimas circunstancias.

(...)

Es claro, entonces, que si, como se señaló, una cosa es no percibir una ganancia y otra verse desprovisto de la posibilidad de obtenerla, el daño por pérdida de una oportunidad acaece sólo en frente de aquellas opciones revestidas de entidad suficiente que, consideradas en sí mismas, permitan colegir, por una parte, que son reales, verídicas, serias y actuales, reiterando aquí lo expresado por la Sala en el fallo precedentemente citado, y, por otra, idóneas para conseguir en verdad la utilidad esperada o para impedir la configuración de un detrimento para su titular, esto es, lo suficientemente fundadas como para que de su supresión pueda avizorarse la lesión que indefectiblemente ha de sufrir el afectado.

Por lo tanto, es indispensable precisar que la pérdida de cualquier oportunidad, expectativa o posibilidad no configura el daño que en el plano de la responsabilidad civil, ya sea contractual, ora extracontractual, es indemnizable. Cuando se trata de oportunidades débiles, incipientes, lejanas o frágiles, mal puede admitirse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de los acontecimientos, su frustración necesariamente vaya a desembocar en la afectación negativa del patrimonio o de otro tipo de intereses lícitos de la persona que contó con ellas.

Puntualiza igualmente la extractada sentencia, que su aplicación ha sido excluida por tratadistas foráneos y nacionales en tratándose de la responsabilidad médica “...dada la imposibilidad o dificultad de establecer el nexo de causalidad, conviene precisarlo, constituye una especie de daño independiente, provisto de unas singulares características y que, en últimas, se ve concretado en el desvanecimiento de la posibilidad de obtener una ganancia o de evitar que se produzca un evento, frustración que correlativamente, coloca a quien sufre el menoscabo en la posición de poder demandar la reparación de los perjuicios.”, señalando como presupuestos axiológicos, para que pueda considerarse como daño indemnizable según la elaboración jurisprudencial de esta Corporación de cierre:

*“... **(i)** Certeza respecto de la existencia de una legítima oportunidad, y aunque la misma envuelva un componente aleatorio, la “chance” diluida debe ser seria, verídica, real y actual; **(ii)** Imposibilidad concluyente de obtener el provecho o de evitar el detrimento por razón de la supresión*

definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en inconveniente; y (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; no es cualquier expectativa o posibilidad la que configura el daño, porque si se trata de oportunidades débiles, lejanas o frágiles, no puede aceptarse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de las cosas, su frustración inevitablemente conllevaría en la afectación negativa del patrimonio u otros intereses lícitos. Dicho de otro modo, el afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba.”

2.2.- Frente a los reparos la parte recurrente, sobre la no utilización de todos los elementos tecnológicos y capacidad intelectual del médico para el diagnóstico del cáncer testicular padecido por el joven PÉREZ MARTÍNEZ, significando para este la pérdida de oportunidad para el tratamiento temprano y adecuado, ordenándose tardíamente el examen de “*marcadores tumorales*”, se tiene que no ofrece discusión y así se relaciona ampliamente en la demanda, la atención médico asistencial prestada al paciente, desde el momento que acudió a urgencias, por el antecedente de trauma testicular, patología esta tratada inicialmente con medicamentos y posteriormente con procedimiento quirúrgico, realizado el examen físico con palpación al testículo y ecografías, protocolo aplicable, acorde con la clara exposición de los declarantes, médico FERNANDO SOLANO especializado en urología y ERNESTO FEDERICIO BENAVIDES LÓPEZ, médico internista, oncólogo y hematólogo clínico, quienes contrario a la afirmación del abogado recurrente, si se refirieron al destacado examen de marcadores tumorales.

2.2.1.- En efecto, el doctor FERNANDO SOLANO⁸, con base en la Historia Clínica, afirmó que fue el primer profesional que atendió al joven PÉREZ MARTÍNEZ cuando ingresó por urgencias al establecimiento clínico, por golpe, trauma testicular, ordenando la práctica de una ecografía por el proceso inflamatorio que presentaba, sin masas sospechosas de cáncer, posteriormente confirmado por la ecografía, tratado con medicamentos, envió a casa y control por consulta externa, la que fuera atendida por el doctor ACOSTA FONTALVO, presentando el paciente dolor, confirmando la nueva ecografía ordenada el proceso inflamatorio, prescribiéndosele medicamentos y cita para nuevo control, en la que se le práctica nueva ecografía que

⁸Audiencia virtual 7 de noviembre de 2020, registro 1 hora:41- 2 horas:21.

muestra hidrocel, el que es tratado con cirugía como lo ordena el protocolo, practicado sin ninguna complicación; que en el nuevo control pos, el paciente refiere dolor y que en una tercera ecografía ordenada, el radiólogo detecta lesión tumoral, hallazgo no detectado o inexistente anteriormente y que como lo indica el protocolo el Doctor ACOSTA FONTALVO prescribió cirugía, sacada del testículo, que enviado a patología confirma el cáncer, quedando el paciente por cuenta de oncología, cáncer que hace metástasis y presenta complicaciones hasta el deceso.

Expone el declarante, como posibles causas de haberse detectado masa tumoral solamente en la tercera ecografía, prueba diagnóstica adecuada, por ser muy pequeña o haberse desarrollado con posterioridad a los dos primeras, tratándose de un cáncer supremamente agresivo de crecimiento muy rápido, sin que el tacto pueda determinarla cuando está dentro del testículo, ser pequeña, no es visual, la que no se puede detectar en proceso inflamatorio, reseñando que para detectar cáncer en los testículos, primero es el examen físico, en segundo término la ecografía testicular, para pasar en tercer lugar a los marcadores tumorales, el que se descarta cuando la ecografía sale normal, no presentando el paciente sintomatología sospechosa, descartándose entonces prácticamente el diagnóstico de cáncer, y que para el caso el paciente fue valorado por tres urólogos que coincidieron en el diagnóstico, siendo manejado el paciente acorde con los protocolos urológicos, que también contemplan el TAC del testículo y la resonancia magnética, los que no tienen la misma eficacia que la ecografía, que es más sencilla, rápida, no costosa y descarta lesión tumoral.

Ilustra de igual modo que los marcadores tumorales de sangre ante sospecha de tumor, pueden orientar, pero no 100%, pues puede ser negativo y el paciente tener tumor, reiterando que la ecografía es el examen más idóneo con más sensibilidad para detectar tumores, precisando que en el primer procedimiento practicado de hidrocele no se tomó muestra, porque no se detectó anormalidad, procedimiento que consiste en retiro del líquido que había en el testículo.

2.2.2.- El declarante ERNESTO FEDERICO BENAVIDES LÓPEZ, coincide con la anterior versión, en cuanto a la aplicación de los protocolos previstos en el caso del joven PÉREZ MARTÍNEZ, paciente que trató en la valoración inicial, orientada para el manejo del trastorno de base de hemofilia Tipo A, para ser llevado a procedimiento quirúrgico, sin haberse encontrado masa aparente específica a la palpación y si evidenciar presencia de líquido, de acuerdo con el estudio ecográfico previo, el antecedente de trauma, no demostrar la ecografía masa aparente, sin que de rutina se realice punciones y biopsia que oriente diagnóstico de malignidad, ante el

soporte ecográfico y el antecedente de trauma, reportando aquella solamente contenido líquido.

Preguntado respecto del método diagnóstico para detectar el cáncer testicular, ilustró que se parte de la base clínica, si el paciente percibe masa, aumento de volumen, corroborado con exámenes complementarios, ecografía testicular que orienta de igual manera a los hallazgos y esas herramientas permiten soportar presencia de una masa, que para el caso la percepción clínica que tuvo fue el volumen escrotal, presencia de líquido, el antecedente de trauma, aumento de volumen, factor asociado de hidrocele y el trauma que lleva al aumento de volumen.

Expone que de acuerdo con la Historia Clínica se percibe masa en el paciente, ordenándose ecografía testicular y marcadores tumorales, conducta adecuada al tener evidencia clínica, es procedente los marcadores, afirmando que esa es la escala por presencia de masa y marcadores elevados. Que el joven PÉREZ MARTÍNEZ en 2015 tenía cáncer, tumor terminal mixto, con procedimiento a seguir quirúrgico, cáncer este con tasa de mortalidad de alto riesgo, con 40% de vida a dos años, dependiendo el seguimiento, ajustándose el caso a la *lex artis*.

2.2.3.- Ofrece suficiente ilustración los anteriores declarantes técnicos, refiriendo de manera clara y contundente su conocimiento académico y experiencia especializada, para concluir de manera coincidente que en el caso del joven PÉREZ MARTÍNEZ, se aplicaron los protocolos para cada momento que presentaba la patología, en donde inicialmente ni del examen físico ni de la ayuda diagnóstica pertinente y adecuada de ecografía, hubieron determinado el hallazgo de masa en el testículo derecho, para escalar en la práctica de los marcadores tumorales, de los que se duele el señor apoderado de la parte recurrente, no se le ordenaron y practicaron oportunamente, conceptuando dos posibles causas para el no hallazgo de masa tumoral, su mínimo tamaño no perceptible al examen físico y el proceso inflamatorio por el trauma testicular, así como su aparición con posterioridad a las dos ecografías inicialmente ordenadas y practicadas, significando se itera, la aplicación de los correspondientes protocolos previstos para cada momento de la patología presentada, sin requerirse el resultado examen de “marcadores tumorales”, en la oportunidad que consideran los recurrentes sin ningún elemento técnico científico al respecto, examen que sí fue ordenado en el momento de sospecha del cáncer que padecía el paciente, frente a la evidencia física y de la ayuda diagnóstica de la tercera ecografía practicada.

Los declarantes de manera diáfana y suficiente, ilustraron su conocimiento general y del caso, rememorando en punto de asuntos técnicos como el presente, nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil⁹, pronunciamiento de la misma Corporación¹⁰, en la que expresó: “...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...”.

Así, acorde con las anteriores declaraciones técnicas, es incuestionable que no se predica la alegada falta de oportunidad, prueba que fue apreciada individual y conjuntamente con los restantes medios probatorios en el fallo apelado, declarantes que confluyeron en igual sentido con el dictamen pericial y a voces del Tribunal de Ética Médica, a determinar que la atención fue presta y oportuna, sin que ningún elemento probatorio acredite que el examen de “marcadores tumorales”, no se practicó oportunamente para de acuerdo a su resultado aplicar al paciente el tratamiento al cáncer que padecía, como lo argumenta la parte recurrente, pues por el contrario se practicó de acuerdo al escalamiento previsto en los protocolos médicos, conforme lo explicaron los declarantes técnicos, estando llamada a ser confirmada la sentencia objeto de apelación, con condena en costas de segunda instancia a cargo de la parte apelante en cumplimiento de los mandatos del artículo 365 numeral 1 del C.G.P.

En armonía con lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Neiva, en audiencia realizada el seis (06) de noviembre de dos mil veinte (2020).

⁹ Sentencia 9 de diciembre de 2013, M.P. Dr. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, referencia 88001-31-03-001-2002-00099-01

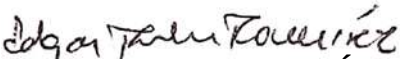
¹⁰ Sentencia Sala de Casación Civil No.6878 de 26 de septiembre de 2002

2.- **CONDENAR** en costas de segunda instancia a los demandantes GILIBERTH PÉREZ PÉREZ, MERCY MARTÍNEZ ANDRADE, GILIBERTH PÉREZ MARTÍNEZ y el menor JMPC representado por su madre LINA MARÍA CASAS PASTRANA.

3.- **DEVOLVER** el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese,


ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ


EDGAR ROBLES RAMÍREZ


ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA

Firmado Por:

ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL-FLIA-LABORAL NEIVA

EDGAR ROBLES RAMÍREZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL-FLIA-LABORAL NEIVA

ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL-FLIA-LABORAL NEIVA

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:

3e13ee3eb61f75d20f4243ac3ec7525c030cca74e0531c0a89e2975450f57908

Documento generado en 30/06/2021 11:24:44 AM