

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE NEIVA**



SALA CIVIL FAMILIA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: GILMA LETICIA PARADA PULIDO

ACTA NÚMERO: 97 DE 2021

Neiva (H), tres (03) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO DECLARATIVO DE RESPONSABILIDAD DE YANETH DEL ROCÍO MEDINA OSSA Y DAVID QUINTERO CORREA QUIENES ACTUAN EN NOMBRE PROPIO Y EN REPRESENTACIÓN DE JULIÁN DAVID QUINTERO MEDINA CONTRA CAFESALUD EPS, SALUDCOOP EPS y JAVIER ANTONIO RIAÑO DUSSÁN RAD. No. 41001-31-03-003-2007-00061-01. JUZ. 3º CIVIL DEL CIRCUITO DE NEIVA.

La Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede en forma escrita, a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 09 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva (H), dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Solicitan los demandantes, se declaren civil y solidariamente responsables a Cafesalud EPS, Saludcoop EPS y Javier Antonio Riaño Dussán de los perjuicios morales y materiales causados con la cirugía practicada a Julián David Quintero Medina el 23 de junio de 2004, que le causó una lesión irreversible (ausencia funcional de la glándula tiroides) y que lo sujetó a medicamentos para el resto de su vida. Que se declare que en el aludido procedimiento quirúrgico se cometieron graves errores por parte de los médicos de Saludcoop EPS.

Adicionalmente reclaman que, como consecuencia de lo anterior, se condene a las entidades demandadas y al demandado a pagar en favor de los demandantes los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) causados por el procedimiento practicado al menor Julián David Quintero Medina, en la cuantía que resulte demostrada en el proceso. Así mismo, demandan el reconocimiento y pago de los perjuicios morales y de vida de relación causados a David Quintero Correa y Yaneth del Rocío Medina Ossa, en calidad de padres y representantes legales de Julián David Quintero Medina.

Como fundamento de sus pretensiones en síntesis expusieron los siguientes hechos:

Que Julián David Quintero Medina, nació en la ciudad de Neiva el 21 de octubre de 2001, del hogar conformado por David Quintero Correa y Yaneth del Rocío Medina Ossa.

Afirmaron, que el niño Quintero Medina se encuentra vinculado al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de Cafesalud EPS, en condición de beneficiario de su progenitor David Quintero Correa.

Señalaron, que a Julián David Quintero Medina se le diagnosticó quiste tirogloso en la glándula tiroides, el cual por sugerencia del médico tratante se debía resecionar.

Destacaron, que el 23 de junio de 2004, el niño fue intervenido quirúrgicamente por el médico cirujano Javier Antonio Riaño Dussán para la resección del quiste encontrado.

Sostuvieron, que el galeno tratante le indicó a la progenitora del paciente que la cirugía no representaba ningún riesgo, y por ende, la misma era ambulatoria. Así mismo, le precisó que al no encontrarse en la ciudad de Neiva la práctica quirúrgica la realizaría el médico Javier Antonio Riaño Dussán, quien efectivamente lo operó.

Que el día de la cirugía sin recibir ningún tipo de explicación sobre las posibles consecuencias y riesgos del procedimiento, los padres del infante Quintero Medina firmaron el consentimiento informado.

Señalaron, que previo a la cirugía el cuadro de evolución de crecimiento de Julián David Quintero Medina, mostraba normalidad en peso y talla, sin embargo, luego de la práctica quirúrgica, el niño comenzó a tener un retroceso en su desarrollo, y presentó pérdida de cabello, aumento de peso, somnolencia, estreñimiento, cansancio y otras manifestaciones que antes no padecía.

Indicaron, que luego de la cirugía se vieron abocados a acudir a consultas con la especialidad de endocrinología pediátrica, en donde les fue prescrito el medicamento levotiroxina sódica.

Refirieron, que el 28 de diciembre de 2006, al niño Julián David le fue practicada gammagrafía de tiroides, la cual dio como resultado ausencia funcional de glándula tiroides.

Por auto del 23 de abril de 2007, se admitió la demanda por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva (fl. 98).

Notificado el auto admisorio de la demanda y corrido el traslado de rigor, Cafesalud EPS dio respuesta así:

Se opuso a la declaración de responsabilidad pretendida por la parte demandante frente a Cafesalud EPS. En resumen, indicó que la entidad no participó en la prestación directa del servicio de salud, pues este fue garantizado por la Clínica Manizales institución que hace parte de su red prestadora de servicios, en consecuencia, no se le puede atribuir responsabilidad a la EPS, pues los diagnósticos, procedimientos, rehabilitación y prevención de sus afiliados, están a cargo de las IPS.

Señala, que en el caso en estudio Cafesalud EPS ofreció a su afiliado todos y cada uno de los recursos que en salud requería para tratar de mantener su integridad física.

Afirmó, que de conformidad con lo señalado en el acápite de hechos de la demanda se logra evidenciar que los profesionales médicos frente al paciente actuaron de forma diligente y prudente, así mismo, le garantizaron el servicio de salud que requería, para lo cual tuvieron en cuenta las pruebas diagnósticas que la lex artis indicaba.

Refirió, que la parte demandante tiene la carga de demostrar la supuesta omisión en la información al momento de diligenciar el consentimiento para la práctica quirúrgica. Que no es cierto que algún procedimiento que se despliegue en el área de la salud no conlleve ningún riesgo, máxime cuando este se trata de una cirugía en el lugar del cuerpo donde le fue practicada a Julián David Quintero Medina.

Adujo, que la actuación médica se basa en la enfermedad padecida por el paciente, la que como consecuencia de su evolución conlleva irreversiblemente a un daño, entonces, para la determinación de responsabilidad se debe identificar el grado de interferencia producida por la conducta del profesional de la medicina.

Resaltó, que la actividad médica se encuentra inmersa en un alto grado de incertidumbre y azar, pues por la complejidad del organismo y sus distintas reacciones, es que difícilmente el médico puede ordenar el tratamiento con la certeza absoluta de su resultado, dada la intervención de factores que le son ajenos, y que le impiden asegurar una determinada y previsible evolución.

Indicó, que en el caso concreto no existe ninguna relación entre la actuación desplegada por Cafesalud EPS y los perjuicios que por esta vía se reclaman.

Presentó como medios exceptivos los denominados "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE CAFESALUD*", "*DISCRECIONALIDAD*", "*AUSENCIA DE NEXO CAUSAL*" y "*TEMERIDAD*".

Por su parte, Saludcoop EPS al descorrer el traslado de la demanda, señaló que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda propuestas en su contra, pues considera que en los actos descritos por la parte demandante como generadores del presunto daño causado en su contra, no participó ni directa ni indirectamente, en consecuencia no es Saludcoop EPS el autor material del hecho.

Advirtió, que a la luz del ordenamiento jurídico colombiano no es posible que una persona esté afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de dos empresas promotoras de salud diferentes y en el presente asunto los demandantes vinculan al trámite a dos EPS de naturaleza jurídica diferente.

Afirmó, que Julián David Quintero Medina no es usuario de Saludcoop EPS, tal y como lo afirman los demandantes en el escrito inicial. Que si bien, en la demanda se esgrime que al niño se le trató en las instalaciones de Saludcoop EPS, ello no puede ser posible habida cuenta que las EPS no practican ningún tipo de procedimiento médico, pues su función se sintetiza en la autorización de dichos servicios para ante las IPS que se encuentren adscritas a su red.

Sostuvo, que los demandantes confunden a Saludcoop EPS con la Corporación IPS Saludcoop Huila, persona jurídica diferente de aquella.

Indicó, que recae en la parte demandante demostrar la relación de causalidad médico legal sobre la que se pretende edificar la presunta responsabilidad que se le quiere imputar.

Planteó como excepciones de mérito las que denominó "*FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA*", "*DISCRECIONALIDAD CIENTÍFICA DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD QUE ATENDIERON AL PACIENTE*", "*EXISTENCIA DE RIESGOS INHERENTES e INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD*", "*EXIGENCIA DE CULPA PROBADA*", "*EXCESIVA TASACIÓN DE PERJUICIOS*" y "*EXCEPCIÓN GENÉRICA*".

Entretanto el demandado Javier Antonio Riaño Dussán a través de *curador ad litem*, señaló que se atiene a lo que se pruebe dentro del presente asunto.

SENTENCIA APELADA

Mediante providencia del 23 de noviembre de 2016 el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva declaró probadas las excepciones de fondo denominadas "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA A CARGO DE CAFESALUD EPS*" e "*INEXISTENCIA DE RIESGOS INHERENTES E INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD*", consecuente con lo anterior, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

Para arribar a tal decisión, consideró que de conformidad con la prueba aportada al informativo, el menor Juan David Quintero Medina padece diversas patologías, así mismo, se tiene que, de acuerdo a lo señalado en la prueba pericial los procedimientos practicados al paciente fueron pertinentes y que no hay en la historia clínica una

patología de la pieza quirúrgica, en consecuencia, no existe en el informativo evidencia alguna que demuestre la conducta culpable que se le atribuye al galeno demandado, ni del nexo causal, razón por la cual no puede endilgarse responsabilidad civil contractual a los demandados.

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, el que fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La apoderada de la parte demandante, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda. En síntesis, la parte recurrente expone que no se valoró en debida forma las pruebas aportadas al informativo, las cuales determinaban la necesidad de practicar pruebas adicionales para a partir de allí poder determinar si los demandados son responsables civil y solidariamente de los perjuicios derivados de la cirugía practicada a Julián David Quintero Medina el 23 de junio de 2004, que le causó una lesión irreversible (ausencia funcional de la glándula tiroides) y que lo sujetó a medicamentos para el resto de su vida.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia planteada, para lo cual,

SE CONSIDERA

Teniendo en cuenta los fundamentos de impugnación, y siguiendo los lineamientos de los artículos 322 y 328 del Código General del Proceso, el objeto de estudio se centrará en determinar, si por parte de las los demandados se incurrió en una falla en la prestación del servicio médico-quirúrgico, respecto de la atención brindada a Julián David Quintero Medina el 23 de junio de 2003, o si por el contrario, tal y como lo concluyó el *a quo* la atención en salud brindada fue diligente, perita y acorde a la *lex artis*.

Para dar respuesta al problema jurídico, es pertinente traer a colación la sentencia SC12947 del 15 de septiembre de 2016, en la que la CSJ SCC respecto de la responsabilidad médica puntualizó: *"(...) la carga probatoria tendiente a acreditar los elementos de la misma queda subsumida, en línea de principio, en las reglas generales previstas en los artículos 1604 del C.C. y 177 del C. de P.C., en otros términos, debe ser asumida por parte del actor. No obstante...a quien, en últimas, le corresponde acometer ese compromiso es aquel litigante que esté en mejores condiciones para la acreditación del hecho a probar (carga dinámica de la prueba)"*.

En ese mismo sentido, en sentencia del 28 de junio de 2017, expediente SC 9193, esa Corporación enseñó que *"La cultura de calidad total del servicio de salud y seguridad del paciente tiene repercusiones directas en el derecho de la responsabilidad civil"*, y precisa que *"la falta de disciplina en el acatamiento de reglamentos tales como guías, normas técnicas y reglas de diligenciamiento de la historia clínica; la insuficiencia de continuidad e integralidad del servicio; la complacencia frente a malas prácticas y su ocultamiento, son circunstancias constitutivas de responsabilidad organizacional por deficiente prestación del servicio cuando lesionan con culpa la integridad personal del paciente"*.

En atención al antecedente jurisprudencial referido, y una vez valorado el acervo probatorio, se tiene que de las copias de la historia clínica allegadas, para la Sala no existe duda en aspectos concretos como:

i) que de conformidad con lo señalado en el formato interno de referencia y contrarreferencia diligenciado el 28 de abril de 2004, se concluye que al niño Julián David Quintero le fue indicado como diagnóstico presuntivo "Masa en cuello Quiste tirogloso".

ii) que el 30 de abril del mismo año se le diagnosticó de manera interrogada quiste tirogloso y adenopatía cervical, razón por la cual se determinó como plan a seguir Naproxeno y Cefalexina.

iii) que el 18 de mayo siguiente, se indica que el paciente recibió Naproxeno y Cefalexina durante dos (2) semanas, sin embargo, presenta masa pre traqueal de 1 x 1 centímetro sin síntomas ni signos. Se diagnostica masa cervical, quiste tirogloso? y se ordena la práctica de una gammagrafía cervical (fl. 84 y vuelto).

iv) conforme a la solicitud de autorización de servicios diagnósticos o terapéuticos obrante a folio 83 del cuaderno 1, al paciente le fue ordenada la práctica del procedimiento Sistrunk, dado los antecedentes de masa cervical línea media de

2 meses sin signos inflamatorios. Así mismo se indica que la gammagrafía evidencia tiroides normal, y se le diagnostica quiste tirogloso.

v) que el 23 de junio de 2004 los señores Yaneth del Rocío Medina y David Quintero Correa suscribieron el consentimiento para intervenciones quirúrgicas, hospitalización y procedimientos especiales, para que a su hijo Julián David Quintero le practiquen la resección del quiste tirogloso, sin que se establezca en el mismo ningún tipo de observación referente a los riesgos y/o complicaciones que puedan ocurrir en el trámite quirúrgico.

vi) que según la hoja quirúrgica obrante a folio 80 del cuaderno 1, a Julián David Quintero se le practica el 23 de junio de 2004, el procedimiento quirúrgico denominado Sistrunk (resección quiste tirogloso), así mismo, se describe la intervención de la siguiente manera *"Incisión cervicotomía transversal, disección del quiste hasta el hioides, resección del cuerpo del hioides, disección hasta la hipo faringe, ligadura basa del conducto del quiste, revisión de la hemostasia, colocación de del penrose, cierre de la piel"*. Como diagnostico preoperatorio o postoperatorio se registró quiste tirogloso.

vi) Así mismo, a folio 71 aparece registro suscrito por el cirujano pediátrico Javier A. Riaño, que establece que *"Conocido en C. Externa con masa cervical anterior sin signos inflamatorios, se hace Dx Quiste tirogloso. Gammagrafía confirma tiroides normal (...) Asiste para cirugía electiva, Sistrunk, la cual se realiza sin complicaciones. Se da de alta en buen estado – Control C. Externa Cirugía Pediátrica el 24 de junio de 2004"*.

De otro lado, se tiene el resultado obtenido de una gammagrafía de tiroides realizada el 28 de diciembre de 2006, a Julián David Quintero por Medinuclear del Huila, en la que consigna, *"Ausencia funcional de glándula tiroides. El radiotrazador se distribuyó de manera adecuada sobre órganos esperados. Se sugiere correlacionar hallazgos con niveles hormonales en sangre para determinar función"*. (fl. 9, C.1).

Así mismo, obra en el informativo, resultado de gammagrafía de tiroides practicada el 24 de noviembre de 2017, a Julián David Quintero Medina, que establece, *"La distribución el radiofármaco se llevó a cabo de manera homogénea sobre órganos esperados sin presencia de tejido tiroideo funcional. La glándula tiroides apenas se esboza sobre fondo corporal, no evaluable gamagraficamente. TSH: 0.39 Se sugiere correlacionar hallazgos con niveles hormonales en sangre para caracterizar diagnóstico"*.

Entretanto, el resultado de la ecografía doppler de tiroides realizada el 10 de noviembre de 2017, revela como hallazgos ecográficos, los siguientes *"EN BARRIDO*

ECOGRAFICO DE ZONA CERVICAL ANTERIOR NO SE EVIDENCIAN IMÁGENES QUE CORRESPONDA A TEJIDO TIROIDEO. EXISTEN UN TEJIDO DE ESTRUCTURA HETEROGENEA MEDIAL A CAROTIDA DERECHA DE 6.4 X 6.8 MM Y OTRO DE IGUALES CARACTERISTICAS MEDIAL A CAROTIDA IZQUIERDA Y ANTERIOR AL ESOFAGO DE 6.9 X 8.0 MM SIN PODER DETERMINAR POR ESTE MEDIO DE IMÁGENES SI CORRESPONDE A TEJIDO TIROIDEO RESIDUAL O TEJIDO BLANDO DE OTRO ORIGEN. LA TRAQUEA, LOS MUSCULOS Y DEMÁS ESTRUCTURAS DEL CUELLO SE ENCUENTRAN CONSERVADAS”.

En atención al material probatorio referido, concluye la Sala que la práctica quirúrgica en este tipo de eventos, es la considerada por la ciencia galénica como la más apropiado, así lo señala la experticia realizada por el endocrinólogo pediatra doctor Mario Angulo Mosquera, quien al cuestionársele acerca de cuál es el tratamiento del quiste tirogloso puntualizó que, cuando éste es sintomático se debe proceder a su resección quirúrgica.

Sin embargo, encuentra la Sala que la prueba documental permite colegir que previo a la cirugía practicada, Julián David Quintero Medina contaba con la glándula tiroidea, la cual incluso estaba en condiciones normales, así quedó reseñado en la historia clínica allegada al informativo, y posteriormente, al practicársele dos exámenes diagnósticos de análogas características, el resultado fue que el paciente presentaba ausencia funcional de glándula tiroides – tiroiditis, mientras que la ecografía doopler de tiroides señaló que no se evidenciaba imágenes que correspondieran a tejido tiroideo y consecuente con ello, consideró el Endocrinólogo de Endho Colombia S.A.S. Alejandro Pinzón Tovar (especialista que practicó el examen diagnóstico), que en el caso de Julián David Quintero Medina existía ausencia de tiroides.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo señalado por el perito doctor Mario Angulo Mosquera, quien al preguntársele respecto de si cada uno de los procedimientos practicados al menor fueron pertinentes, oportunos, racionales y lógicos científicamente, indicó que *"En cuanto al procedimiento quirúrgico, no hay datos previos a la cirugía del funcionamiento de la glándula tiroidea, y existe evidencia en la historia clínica, que posterior a dicho procedimiento, el niño quedó con ausencia de glándula tiroidea”.*

En tal sentido, si bien, no obra en el informativo prueba alguna que refiera que al realizarse el procedimiento quirúrgico denominado Sistrunk en la humanidad de

Julián David Quintero Medina, además de resecionarse el quiste tirogloso, se hubiere extraído la glándula tiroideal, no obstante, existen dos hechos indicadores que pueden dar lugar a inferir que tal situación sí tuvo lugar, como lo es, que previo a la práctica de la cirugía el paciente tenía la tiroides normal y posterior a ella, dicha glándula se encuentra ausente.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que el procedimiento quirúrgico practicado al paciente no tenía por objeto la extracción de la glándula tiroideal, ni tal situación fue plasmada como uno de los riesgos y/o complicaciones de la cirugía, resulta claro para la Sala la falta de pericia por parte del galeno que la ejecutó, razón por la cual a diferencia de lo señalado por el *a quo*, para esta Corporación sí existe evidencia demostrativa de la falla médica en la que se incurrió al momento de la práctica quirúrgica.

Ahora, en cuanto al elemento daño que en el escrito de demanda se sintetizó en la falta de crecimiento, aumento del peso corporal y padecimiento de hipotiroidismo que lo lleva a estar medicado de por vida, observa esta Corporación que de conformidad con la historia clínica aportada al informativo y que obra a folios 116 al 128 del cuaderno 2, la talla del niño Julián David Quintero Medina durante el interregno del 24 de febrero de 2007 al 03 de agosto de 2009, siempre estuvo en la talla promedio que según el grafico 19 adjunto a la Resolución 2121 del 9 de junio de 2010, deben tener los niños entre 5 años 4 meses y 7 años 9 meses de edad.

Así por ejemplo, para el 24 de febrero de 2007 cuando Julián David contaba con 5 años 4 meses de edad, alcanzaba la altura de 1.08 metros, y según el gráfico 19 enunciado la talla adecuada para dicha edad debe estar por encima de 1.06 metros de altura; para el 21 de agosto de 2007, momento en el cual el niño Quintero Medina tenía 5 años 10 meses, su altura era de 1.15 metros, y la promedio para dicha edad era aquella que sobrepasara los 1.11 metros de altura; para el 12 de abril de 2008 cuando el infante contaba con 6 años 5 meses 20 días, alcanzaba los 1.20 metros y la estatura adecuada era de 115 centímetros, y; para el 03 de agosto de 2009, cuando alcanzaba 7 años 9 meses y 13 días de edad, su altura era de 1.27 metros y la talla promedio era la superior a 121 centímetros.

Igual acontece con el índice de masa corporal que registra la historia clínica en comento, pues si se tiene en cuenta que para el 24 de febrero de 2007 el I.M.C. registrado era de 15.43 y el dispuesto en el cuadro 20 de la Resolución 2121 de 2010, la masa corporal adecuada se encuentra prevista dentro del rango comprendido entre 14.1 y 16.7; para el 21 de agosto de 2007 su I.M.C. era de 14.37 y el rango adecuado conforme al aludido acto administrativo se mantiene en 14.1 y 16.7; para el 12 de abril de 2008, el índice de masa corporal era de 14.58 y el nivel conveniente está determinada entre 14.1 y 16.9, y; para el 03 de agosto de 2009 el I.M.C era de 16.12 y el rango admitido es aquel que se encuentre entre 14.3 y 17.3, el niño siempre estuvo dentro de los rangos normales de índice de masa corporal.

En tal sentido, y a pesar de lo aseverado por el perito especialista en endocrinología pediátrica doctor Mario Angulo Mosquera, en audiencia adelantada el 21 de septiembre de 2021, en la que señaló que Julián David se vio afectado en su crecimiento, considera la Sala que, una vez analizada la talla, peso e índice de masa corporal que registra la historia clínica en diferentes momentos de su vida, el presunto daño alegado por la parte demandante y que es motivo de la indemnización pretendida, no se encuentra demostrado, razón por la cual sobre tal aspecto no se emitirá condena alguna.

Ahora, en cuanto a la afectación que se deriva por el hecho del padecimiento del hipotiroidismo y la consecuente medicalización de por vida a la que se vio obligado Julián David, se tiene que de conformidad con la historia clínica obrante a folios 6 - 143 del cuaderno 2, evidencia que el menor se encuentra en control por hipotiroidismo secundario a cirugía e incluso se indica puntualmente en uno de sus apartes que el motivo de consulta es *"control por hipotiroidismo secundario a retirada quirúrgica de masa de cuello posible resección del tiroides"* (fl. 89, C2), razón por la cual se encuentra medicado con Synthroid con niveles T4 libre normal (fl. 66, C2).

De otro lado, resulta pertinente indicar que teniendo en cuenta que la glándula tiroides produce las hormonas triyodotironina (T3) y tiroxina (T4), que causan un gran impacto en la salud y afectan todos los aspectos del metabolismo humano, en caso de que dicha glándula sea extirpada en su totalidad implica que se detenga la

producción de hormonas y por ende, se deba consumir de por vida hormona tiroidea sintética levotiroxina (Synthroid, Unithroid, entre otras)¹.

Por lo expuesto, es claro entonces que en el presente caso se encuentran demostrados todos y cada uno de los elementos constitutivos de responsabilidad médica, esto es, la falla del servicio en la atención galénica, el daño y el nexo de causalidad, pues como se dijo en líneas precedentes el hipotiroidismo que padece en la actualidad Julián David Quintero Medina se deriva de la extracción que de la glándula de la tiroides se hiciera al momento de practicarse la cirugía de resección de quiste tirogloso (Sistrunk).

Así las cosas, y una vez verificado el cumplimiento de los elementos constitutivos de la responsabilidad médica, debe proceder la Sala a establecer si ésta es imputable a todos los sujetos que conforman la parte pasiva.

Para tal efecto, se debe indicar que de conformidad con lo dispuesto jurisprudencialmente por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, *"la atribución de un daño a un sujeto como obra suya, va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas (...) Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las empresas promotoras de salud, cuya «función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)».* (...) Además de las funciones señaladas en esa y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil (...) Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil (...) Por supuesto que si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el juicio de atribución del hecho a la EPS, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si la atención brindada al cliente fue por cuenta de otra EPS o por cuenta de servicios particulares; si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del

¹ Hipotiroidismo (tiroides hipoactiva), <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/hypothyroidism/symptoms-causes/syc-20350284>. Tiroidectomía <https://www.mayoclinic.org/es-es/tests-procedures/thyroidectomy/about/pac-20385195>.

deber de acción que la ley impone a la empresa sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima”.

Como en el caso concreto se tiene que, la parte actora demandó tanto a Cafesalud EPS como a Saludcoop EPS, se debe proceder a analizar cuál de estas entidades tenía a su cargo el deber de garantizar la prestación del servicio de salud a Julián David Quintero Medina, para la fecha de la realización del procedimiento quirúrgico denominado Sistrunk.

En tal sentido, si se observa el historial médico allegado al informativo, colige la Sala que la Entidad Promotora de Salud que garantizó indirectamente el servicio requerido por Julián David el 23 de junio de 2004 fue Saludcoop EPS, y el centro de atención que prestó la asistencia médica fue la Clínica Cafesalud, así se desprende de lo señalado en la historia clínica de urgencias obrante a folios 27 y siguientes del informativo, en la que se dispone que la EPS es Saludcoop y la IPS asignada es Cafesalud.

En consecuencia y como la demanda fue interpuesta contra la EPS Cafesalud que es una persona jurídica distinta de la IPS prestadora del servicio médico asistencial, esta Corporación declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto de esta entidad, pues claro resulta que al no haber sido ésta quien por virtud de lo reglado en la Ley 100 de 1993 quien tenía la obligación de garantizar directa o indirectamente la prestación del plan de salud obligatorio a Julián David Quintero Medina, ni fue quien realizó la cirugía de la que se derivan los perjuicios objeto de indemnización, no le asiste consecuencia obligación alguna de reparar un daño que no ocasionó.

De otro lado, importa precisar que teniendo en cuenta que quien realizó la cirugía de la que deviene el perjuicio indemnizable fue el médico especialista en Cirugía Pediátrica doctor Javier Antonio Riaño Dussán, aquel al igual que la EPS Saludcoop le asiste la obligación de reparar el perjuicio causado por su actuar contrario a la lex artis, razón por la cual se declarará que es civil y solidariamente responsable de los perjuicios derivados de la cirugía Sistrunk practicada el 23 de junio de 2004 a Julián David Quintero Medina.

Determinada así la responsabilidad que le asiste a los codemandados, procede la Sala a analizar los perjuicios pretendidos.

En lo que al daño moral respecta, este perjuicio indemnizable se reconoce como toda lesión a la esfera sentimental y afectiva del sujeto. Dicho concepto ha sido decantado ampliamente por la jurisprudencia, entre ellas en la sentencia SC5686 del 19 de diciembre de 2018, en la que la CSJ SCC además de actualizar el monto indemnizatorio fijando como tope sugerido cuando se experimenta el mayor grado de afectación la suma de \$72.000.000.00, recordó que a favor del primer círculo familiar comprendido por los esposos o compañeros permanentes, padres e hijos, opera la presunción o inferencia del dolor y tristeza que puede causar la muerte, invalidez o padecimiento de uno de los congéneres, en los demás casos, debe probarse plenamente la certeza del perjuicio para que opere el reconocimiento.

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento en torno al perjuicio moral, señaló que

"Es esperable que la víctima directa del accidente de tránsito padeciera dolores físicos y psicológicos, angustia, tristeza e incomodidades como consecuencia de las lesiones que sufrió. Tales perjuicios se presumen y no hay necesidad de exigir su demostración, pues es lo que normalmente siente una persona que sufre lesiones en su integridad física y moral.

De igual modo, la experiencia muestra que es normal que los familiares más cercanos de la víctima sufran tristeza, angustia y desasosiego al ver sufrir a su ser querido. Por ello, no hay necesidad de exigir la prueba de los padecimientos morales sufridos por el hijo de la accidentada, pues ellos se presumen a menos que surjan en el acervo probatorio elementos de conocimiento que permitan desvirtuar la presunción judicial, lo que no ocurrió en este caso"².

En cuanto concierne a la forma de tasar los perjuicios morales, en sentencia del 9 de julio de 2012, proferida dentro del expediente No. 2002-00101-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez, la CSJ SCC indicó que esta labor debe desplegarse con base en el *arbitrio judicial* en el que se deben tener en cuenta las circunstancias personales de la víctima, el grado de parentesco con los reclamantes y la cercanía que había entre ellos, *"las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una*

² Sentencia SC780-2020.

individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada".

No sobra aclarar, que las pautas indemnizatorias en salarios mínimos son propias de la jurisdicción contencioso administrativa y no de la ordinaria, por lo que la tasación debe acometerse de acuerdo con el antecedente referido.

Ahora, al analizarse el escrito inicial observa la Sala que la pretensión por perjuicios extrapatrimoniales referente al perjuicio moral subjetivado fue estimado en la suma equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, no obstante, considera la Sala que dicha tasación sobrepasa sustancialmente el tope que sobre tal aspecto ha dispuesto el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, razón por la cual y en aplicación del arbitrio judicial así como al grado de afectación que implica el padecimiento de una patología de por vida y que por tal motivo se deba estar medicado por el mismo periodo de tiempo, para contrarrestar las adversidades que de aquélla derivan, la Sala considera como monto indemnizable en favor de Julián David Quintero Medina la suma de \$35.000.000 en su condición de víctima directa de la mala praxis médica, mientras que para sus padres la suma objeto de indemnización será de \$10.000.000, para cada uno.

Ahora, en cuanto al daño a la vida de relación debe precisarse que de conformidad con lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, el mencionado perjuicio debe atender las condiciones sociales de la víctima, apreciadas según los usos sociales, la intensidad de la lesión, así como la duración del perjuicio³.

Ahora, como en el expediente no reposa prueba alguna que pueda dar lugar a determinar la certeza del perjuicio en comento, no es dable para la Sala emitir condena sobre tal concepto.

Al respecto, válido resulta traer a colación lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC5340 de 2018, en la que señaló que, "(...) ante la ausencia de certeza sobre la forma en que se torpedeó la interacción social del demandante, resulta inviable acceder a una condena

³ Sala de Casación Civil sentencia SC5885, 6 de mayo de 2016, rad. No. 2004-00032-01, retomada en la sentencia SC5340 de 2018.

por este aspecto, ya que para esto habría que hacer juicios hipotéticos que impiden la configuración del deber de reparar. Recuérdese que «[l]a condición de reparabilidad está dada por la certidumbre y gravedad suficiente del daño y no por pertenecer a alguna subcategoría específica»⁴.

En cuanto concierne al lucro cesante, debe precisar la Sala que esta tipología de perjuicio se define como toda ganancia u oportunidad frustrada como consecuencia del hecho dañoso (Art. 1614 C.C.), cuyo reconocimiento está atado a que la parte interesada lo acredite (Art. 167 C.G.P.).

En torno a la procedencia del lucro cesante futuro del menor de edad, debe señalar la Sala que conforme a lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC9193-2017, no es acertado denegar dicho tipo de indemnización por el simple hecho de que el reclamante para la fecha de la ocurrencia del hecho dañoso no devengaba ninguna prestación, pues la indemnización integral, efectiva y equitativa tiene por finalidad poner a la víctima en la situación exacta en que habría estado de no haber ocurrido el insuceso, razón por la que, para que resulte viable el reconocimiento de este tipo de indemnización debe encontrarse acreditado en el proceso de que a la persona se le ha cercenado por completo todas las posibilidades de valerse por sí misma, es decir, que no pueda desenvolverse en el mercado laboral cuando alcance su edad adulta, no pueda desempeñarse en ninguna actividad económica y no cuente con ninguna posibilidad de obtener por si misma los ingresos necesarios para su congrua subsistencia.

Ahora, al verificarse la prueba aportada al informativo observa la Sala que en razón de la extracción de la glándula tiroides, Julián David Quintero Medina va a padecer de por vida de hipotiroidismo y por ende debe durante el lapso de su existencia consumir la hormona tiroidea sintética, no obstante, en el informativo no reposa prueba alguna que determine el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, para a partir de allí determinar si en razón de la falla médica, tiene o no la posibilidad de ingresar al mercado laboral o de adquirir los recursos económicos necesarios para su congrua subsistencia.

⁴ Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, 2009, p. 291.

En consecuencia, y al no encontrarse demostrados los elementos necesarios para que resulte procedente el reconocimiento de la indemnización por lucro cesante futuro en favor de Julián David Quintero Medina, el mismo será denegado.

Respecto del daño emergente que pretende la parte actora les sea reconocido, conviene precisar que conforme lo reglado en el artículo 1614 del Código Civil este tipo de perjuicio debe ser entendido como la pérdida o disminución efectivamente sufrida en el patrimonio de la víctima como consecuencia del hecho dañoso, en consecuencia, dicho perjuicio debe ser demostrado y cuantificado.

Al analizarse el escrito de demanda, observa la Sala que este perjuicio se concreta en la suma de \$200.000 que fueron sufragados al especialista en Endocrinología Pediátrica doctor Shoukry Awadalla.

Al respecto, obra en el informativo prueba documental que da cuenta que por honorarios médicos por atención especializada a Julián David Quintero se tuvo que cancelar la suma de \$200.000, en consecuencia y dada la afectación económica que no debían soportar los progenitores del infante, resulta admisible emitir condena sobre dicho monto el cual debe ser objeto de indexación al momento de su pago efectivo.

Teniendo en cuenta los razonamientos expuestos se revocará la sentencia objeto de impugnación, para en su lugar, declarar civil y solidariamente responsables de los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la falla médica que ocurrió el 23 de junio de 2004 a Saludcoop EPS y al médico especialista en cirugía pediátrica doctor Javier Antonio Riaño Dussán; denegar las pretensiones de la demanda respecto de Cafesalud EPS; condenar a Saludcoop EPS y a Javier Antonio Riaño Dussán a pagar la suma de \$35.000.000 en favor de Julián David Quintero Medina, por concepto de perjuicios morales subjetivos, y por el mismo concepto la suma de \$10.000.000 en favor de Yaneth del Rocío Medina Ossa y \$10.000.000 en favor de David Quintero Correa; así mismo se condenará a Saludcoop EPS y a Javier Antonio Riaño Dussán a pagar la suma de \$200.000 en favor de la parte demandante, por concepto de daño emergente, valor este que deberá ser indexado al momento de

su pago efectivo; de otro lado se denegarán las restantes pretensiones de la demanda propuestas en contra de Saludcoop EPS y Javier Antonio Riaño Dussán.

COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas de primer grado a Saludcoop EPS y a Javier Antonio Riaño Dussán, quienes resultaron condenados en costas en esta instancia.

De otro lado, se condenará en costas de primera y segunda instancia a la parte demandante y en favor de Cafesalud EPS.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva el 23 de noviembre de 2016, dentro del presente asunto, y en su lugar, **DECLARAR** civil y solidariamente responsables de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la falla médica presentada el 23 de junio de 2004 a **SALUDCOOP EPS** y al médico especialista en cirugía pediátrica doctor **JAVIER ANTONIO RIAÑO DUSSÁN**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DENEGAR las pretensiones de la demanda respecto de **CAFESALUD EPS**, de acuerdo a lo motivado.

TERCERO.- CONDENAR a **SALUDCOOP EPS** y a **JAVIER ANTONIO RIAÑO DUSSÁN** a pagar la suma de \$35.000.000 en favor de **JULIÁN DAVID QUINTERO**

MEDINA, por concepto de perjuicios morales subjetivos, y por el mismo concepto la suma de \$10.000.000 en favor de **YANETH DEL ROCÍO MEDINA OSSA** y \$10.000.000 en favor **DAVID QUINTERO CORREA**.

CUARTO.- CONDENAR a **SALUDCOOP EPS** y a **JAVIER ANTONIO RIAÑO DUSSÁN** a pagar la suma de \$200.000 en favor de la parte demandante, por concepto de daño emergente, valor este que deberá ser indexado al momento de su pago efectivo.

QUINTO.- DENEGAR las restantes pretensiones de la demanda propuestas en contra de **SALUDCOOP EPS** y **JAVIER ANTONIO RIAÑO DUSSÁN**.

SEXTO.- CONDENAR en costas de primera y segunda instancia a **SALUDCOOP EPS** y a **JAVIER ANTONIO RIAÑO DUSSÁN**, en favor de la parte demandante.

SÉPTIMO.- CONDENAR en costas de primera y segunda instancia a la parte demandante, en favor de **CAFESALUD EPS**.

La presente decisión queda notificada en estrados.



GILMA LETICIA PARADA PULIDO
Magistrada



ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ
Magistrada



EDGAR ROBLES RAMÍREZ
Magistrado

Firmado Por:

Gilma Leticia Parada Pulido
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

Edgar Robles Ramirez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

Enasheilla Polania Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Neiva - Huila

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:
667045d9534b97aa73be65aedd6c901a7524f43113f691f949fef0109cde02fc

Documento generado en 03/12/2021 11:07:58 AM

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